

SERVICIOS SANITARIOS URBANOS EN CHILE

Revisión crítica de su gestión privatizada a partir de la crisis sanitaria de Osorno

Cristián Flores Fernández



SERVICIOS SANITARIOS URBANOS EN CHILE

Revisión crítica de su gestión privatizada a partir de la crisis sanitaria de Osorno

Cristián Flores Fernández



NEWENKO

HEINRICH BÖLL STIFTUNG
CONO SUR

Autor: Cristián Flores Fernández

IRI THESys Humboldt-Universität zu Berlin | florescr@hu-berlin.de

Edición de contenido: Cristián Flores, Ingrid Wehr

Fotografía de Portada: Depositphotos

Diseño y diagramación: Emiliano Méndez

Distribución Gratuita

Obra liberada bajo licencia Creative Commons



Licencia Creative Commons: Reconocimiento - No comercial - Compartir igual:

El artículo puede ser distribuido, copiado y exhibido por terceros si se reconoce la autoría en los créditos. No se puede obtener ningún beneficio comercial y las obras derivadas tienen que estar bajo los mismos términos de licencia que el trabajo original. Más información en: <http://creativecommons.org>

Fundación Heinrich Böll | Avenida Francisco Bilbao 882, Providencia
cl-info@cl.boell.org | www.cl.boell.org

SERVICIOS SANITARIOS URBANOS EN CHILE

Revisión crítica de su gestión privatizada a partir de la
crisis sanitaria de Osorno

Cristián Flores Fernández

Introducción

Las protestas que han tenido lugar a partir de octubre de 2019 en Chile, responden al descontento generalizado de la población con los resultados de la aplicación del modelo y políticas neoliberales heredadas de la dictadura militar y continuadas por los posteriores gobiernos progresistas y de derecha. Basado en la concepción de un “*Estado Subsidiario*”-reducido a la posición de garante y fiscalizador de la iniciativa privada en todos los aspectos del quehacer social-, la gestión de los derechos sociales y servicios básicos como la salud, previsión, electricidad, agua potable y saneamiento fue entregada a manos privadas y a las conveniencias del mercado con la consiguiente minimización de “*lo público*”.

Un caso paradigmático de esta situación es el caso del agua. En principio, la legislación chilena declara que las aguas son bienes nacionales de uso público cuyo dominio y uso pertenece a todos los habitantes del país¹. Pero a continuación; señala que sobre ellas se otorga a los particulares *derechos de aprovechamiento* que constituyen derechos reales de dominio². Estos derechos de aprovechamiento se otorgan gratuita y administrativamente a perpetuidad en caso de que exista disponibilidad del recurso, no se perjudiquen derechos de terceros y fuese legalmente procedente³. La actual regulación no establece prioridades de uso para la constitución de derechos de aprovechamiento, es decir, el consumo

1 Artículo 5º del Código de Aguas de Chile (CdA) y 595º del Código Civil. La definición de bienes nacionales de uso público se encuentra en el artículo 589 del Código Civil.

2 Artículo 6º del CdA.

3 La constitución del derecho de aprovechamiento de aguas se sujeta al procedimiento establecido en el párrafo 2º del Título I, del Libro II del CdA.

humano no tiene preferencia sobre otros tipos de uso⁴. “*De hecho, aunque el agua escasee, todos los usos compiten por igual sin reconocerse prioridades; aunque en la práctica, el Código sí otorga privilegios a ciertos usos extractivos (por ejemplo minero), incentiva a otros (como el agrícola e hidroeléctrico) y establece, en cambio, escasas normas para el uso doméstico (...)*”⁵. El dominio privado sobre los derechos de agua se encuentra garantizado por el artículo 19 n°24 de la Constitución Política de 1980⁶, la cual al igual que el Código de Aguas de 1981 fue promulgada en dictadura, sin mayor participación de la ciudadanía ni instancias democráticas mínimas. El reconocimiento que la Constitución realiza en favor de los particulares de su dominio sobre el aprovechamiento del agua, en la práctica la convierte en un bien económico libremente transable en el mercado⁷.

La vigencia de este marco legal ha provocado que el agua disponible sea acaparada y destinada a fines productivos sin mediar mayores consideraciones de índole ambiental o social. Para el año 2019, 123 acuíferos (33% del total país) registraban problemas de sobreotorgamiento (la demanda representada en los derechos de aprovechamiento otorgados superaba a su recarga natural), mientras que 176 (47%) se encontraban

4 Sandoval, M.I. (2015). Ausencia de la regulación de usos prioritarios de las aguas en Chile: propuesta de modificación legal al Código de Aguas desde una perspectiva comparada. *Revista de Justicia Ambiental*, 7, pp. 133-162. La inexistencia de usos prioritarios queda en evidencia en los casos en que se presentan dos o más solicitudes de constitución de derecho de aprovechamiento sobre las mismas aguas. En caso de que no hubiese agua suficiente para “satisfacer” estos requerimientos, la Dirección General de Aguas procede a rematar los derechos, lo que en definitiva implica que estos se asignan al mejor postor (artículos 142° y siguientes del CdA). Si imaginamos un hipotético caso donde una asociación de agua potable rural y una empresa (minera por ejemplo) compiten por la constitución de derechos, seguramente la segunda será la que finalmente los consiga dada su mayor capacidad económica.

5 Delgado, V. (2019). Hacia un nuevo derecho de aguas: ambientalizado y resiliente. *Revista de Justicia Ambiental*, 11, pp. 77-83.

6 El inciso final del artículo 19 n°24 de la Constitución de la República señala que “*Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos*”. Se ahondará sobre este punto en la sección pertinente de este documento.

7 Un análisis más profundo sobre este punto, entre otros en: Bauer, C. (2002). *Contra la Corriente*. LOM Editores, Santiago de Chile; Bauer, C. (2004). *Canto de Sirenas: El derecho de aguas chileno como modelo para reformas internacionales*. Bakaetz, Santiago de Chile; y Budds, J. (2018). *Securing the market: Water security and the internal contradictions of Chile’s Water Code*. *Geoforum* <https://doi.org/10.1016/j.geoforum.2018.09.027>

bajo restricción o prohibición de otorgamiento de nuevos derechos⁸. Según estimaciones realizadas en 2016 por la Dirección General de Agua (DGA), del total del agua disponible un 82% era utilizada por el sector Agropecuario, un 7% por el sector Industrial, un 3% por la Minería y un 8% para servicios de agua potable y saneamiento⁹.

Del porcentaje que se destina a servicios de agua potable y saneamiento, la mayor parte corresponde al sector urbano, donde los servicios públicos sanitarios¹⁰ se encuentran en un 96,2% entregados a la gestión privada. Esto, como resultado de un proceso de privatización -ejecutado por los gobiernos democráticamente elegidos de la concertación y la derecha- fruto del cual el Estado dejó de tener injerencia directa en la gestión de los servicios y derivó su prestación a sociedades anónimas controladas por capitales extranjeros, las que operan bajo un sistema de monopolio natural y con rentabilidades garantizadas por ley. Actualmente, el sistema de prestación de estos servicios públicos se encuentra bajo un profundo cuestionamiento a causa de los graves cortes de suministro de agua potable y alcantarillado que han afectado a parte de la población urbana del país. La situación en las zonas rurales tampoco es alentadora, ya que un 47,2% de la población no cuenta con abastecimiento formal de agua potable¹¹, teniendo que abastecerse mediante camiones aljibes¹².

El crítico escenario hídrico del país, las proyecciones al alza en la demanda hídrica¹³ y aquellas que indican que Chile será uno de los países más afectados por el cambio climático en razón del aumento de

8 Ministerio del Obras Públicas (2019). Exposición sobre “*Medidas para enfrentar la sequía*” realizada ante la Comisión Especial sobre Recursos Hídricos, Desertificación y Sequía el 24 de septiembre de 2019.

9 Dirección General de Aguas de Chile (2016). Atlas del Agua, Chile 2016, pág. 8.

10 Los servicios sanitarios consideran los servicios de producción y distribución de agua potable además de la recolección y disposición de aguas servidas (artículo 1º del Decreto con Fuerza de Ley N° 382 de 1988, conocido comúnmente bajo el nombre de Ley General de Servicios Sanitarios “LGSS”).

11 Fundación Amulén (2019). Pobres de Agua. Radiografía del agua rural de Chile, pág. 12.

12 Un 9% de la población del país depende de los sistemas de Agua Potable Rural, lo que equivale a 1.726.319 personas, Tamayo, T. & Carmona, L. (2019). El Negocio del Agua. Ediciones B, Santiago de Chile.

13 Macpherson, E. y O’Donnell, E. (2015). Desafíos para la gestión ambiental del agua en Chile: perspectiva australiana. Revista de Derecho Administrativo Económico, N° 21 (julio-diciembre 2015), pp. 171-202.

las temperaturas y la disminución de las precipitaciones, masa glaciar y cubierta de nieve¹⁴, sólo vienen a agravar esta situación, proyectándose la necesidad de acciones concretas y profundas para garantizar la seguridad hídrica de la población. El gremio sanitario ha estimado que ello requeriría realizar inversiones por US\$10 mil millones de aquí a 2040¹⁵. La urgencia de actuar se torna evidente si consideramos que recientemente Chile ha sido calificado como el 18º país más afectado por estrés hídrico¹⁶ y que las crisis hídricas se encuentran entre los cinco principales riesgos mundiales en cada uno de los últimos siete años¹⁷.

14 IPCC (2007). Cambio climático 2007: Informe de síntesis. Contribución de los Grupos de trabajo I, II y III al Cuarto Informe de evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático. IPCC, Ginebra, Suiza, 104 págs. Disponible en: <http://bit.ly/2SNDJlm>. IPCC (2014). Cambio climático 2014: Informe de síntesis. Resumen para responsables de políticas. Disponible en: <http://bcn.cl/lzi34>

15 La Segunda, noticia de 3 de septiembre 2019. Sanitarias y crisis hídrica: Se requieren inversiones por US\$10 mil millones al 2040. Disponible en: <http://bit.ly/2v3Pxx7>

16 World Resources Institute (2019). 17 Countries, Home to One-Quarter of the World's Population, Face Extremely High Water Stress. Disponible en: <https://www.wri.org/blog/2019/08/17-countries-home-one-quarter-world-population-face-extremely-high-water-stress>

17 Kammeyer, C. (2018). Water is Connected to Every Major Global Risk We Face. Pacific Institute. Disponible en: <http://bcn.cl/246lf>

Contexto:

La crisis sanitaria de Osorno

El caso más reciente y significativo de corte de suministro de agua potable en zonas urbanas se produjo en la ciudad de Osorno entre los días 11 y 21 julio de 2019. En esta ocasión cerca de 140.560 habitantes fueron afectadas por cortes de suministro de agua potable cuya prestación se encontraba a cargo de la empresa concesionaria privada ESSAL S.A. filial de la empresa Aguas Andinas -que detenta un 53,5% de su propiedad accionaria- y parte del Grupo Suez que controla más del 43% del “mercado” sanitario urbano¹⁸. El hecho de no contar con servicios de agua potable ni alcantarillado durante diez días provocó una grave crisis sanitaria que puso en riesgo la salud de la población al impedir actividades básicas de saneamiento, aseo e higiene personal y la evacuación de aguas servidas, favoreciendo el aumento de enfermedades gastrointestinales, entre otras patologías¹⁹.

La interrupción del suministro motivó la apertura de una investigación y proceso sancionatorio contra ESSAL por parte de la Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS), entidad pública a cargo de la fiscalización de este tipo de servicios. En el marco de este proceso se constató una serie de incumplimientos imputables a la empresa, referidos a: **i)** suministro de agua potable sin cumplir las normas de calidad; **ii)** ejecución de cortes no programados; **iii)** afectación de la generalidad de la población, puesta en riesgo y afectación de su salud; **iv)** incumplimiento de procedimientos para atención de emergencias y obligaciones de abastecimiento alternativo; **v)** entrega de información manifiestamente

18 SISS, Resolución Exenta N°2865 de 02 de agosto de 2019. Disponible en: https://www.siss.gob.cl/586/articulos-17550_Res_2865_2019.pdf

19 Ministerio de Salud, Decreto N°28 de 12 de julio de 2019 que decreta Alerta Sanitaria para la comuna de Osorno. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1133970>

errónea a autoridades y población; y vi) incumplimiento de instrucciones de la SISS²⁰. Posteriormente, la empresa sanitaria ESSAL S.A. presentó sus descargos a la SISS en el marco del expediente sancionatorio originado por el corte de servicio.

La gravedad de las infracciones cometidas por la empresa concesionaria, ha permitido que dentro del proceso sancionatorio en curso se discuta incluso la posibilidad de aplicar la mayor sanción que contempla la legislación sanitaria como es la caducidad de la concesión. Asimismo, detonó el inicio de un procedimiento voluntario colectivo (PVC) en el marco del Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC) a fin de compensar en parte a los clientes residenciales afectados²¹.

En paralelo al proceso administrativo sustanciado por la SISS, la presión y el malestar ciudadano con la empresa llevó a que la Municipalidad de Osorno incluyese dentro de la consulta ciudadana sobre una posible nueva constitución, la pregunta sobre si se estaba de acuerdo con poner fin a la concesión actual de ESSAL en la ciudad de Osorno. La opción SÍ obtuvo un 90% de los votos contra sólo un 6,7% que votó por la opción NO²². Los resultados de esta consulta no son vinculantes ni para el gobierno ni la SISS, pero constituyen un dato relevante a considerar en la decisión final que se adopte. Un primer síntoma de lo anterior fue la comunicación realizada por el Directorio de Aguas Andinas de que pondría a la venta su participación directa e indirecta en ESSAL²³.

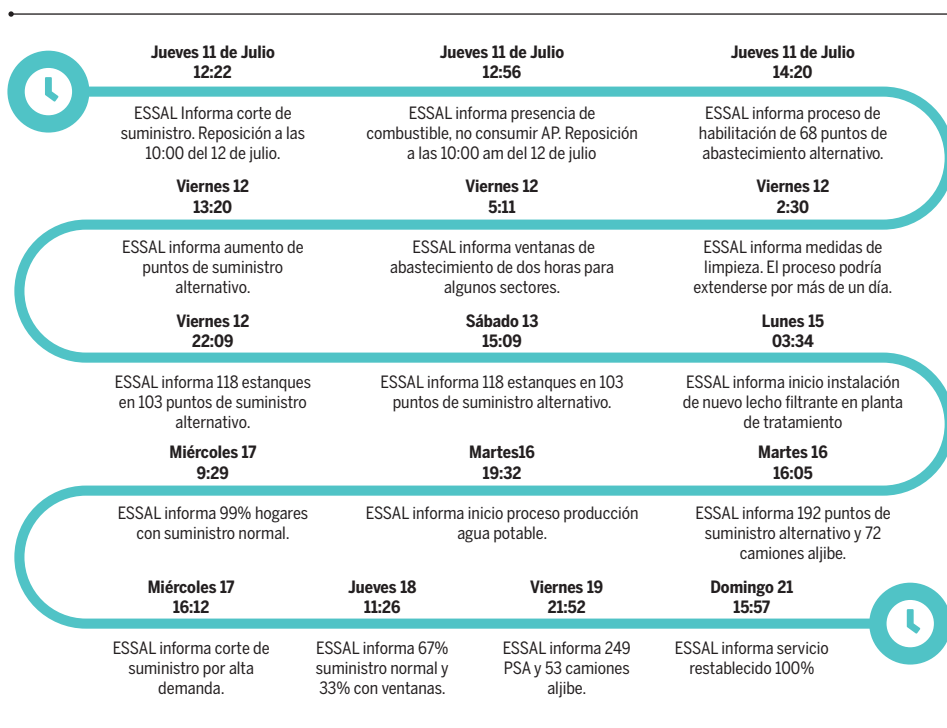
20 SISS, Resolución Exenta N°2865/2019.

21 Este proceso voluntario se inició en virtud de la Resolución Exenta N°476 de 15 de julio de 2019 del SERNAC. En total las compensaciones habrían llegado a \$63.250 por cliente según las cifras expuestas por el SERNAC ante la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados. Información disponible en: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=187482&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION>

22 <https://www.municipalidadosorno.cl/slide.php?id=540> Según datos de la Municipalidad de Osorno se contabilizaron un total de 17.124 votantes, 89,5% de los cuales votaron a favor de que Chile tenga una nueva Constitución, siendo la opción de una Convención Constituyente la instancia de elaboración prevalente con un 66,8% de los votos, contra un 27,8% que votó por la Convención Mixta Constitucional.

23 Hecho esencial comunicado por Aguas Andinas S.A. al Director de la Comisión de Mercado Financiero el 22 de enero de 2020. Disponible en : http://www.cmfchile.cl/sitio/aplic/serdoc/ver_sgd.php?s567=7c6dc9118ecd-40448fd4e342129fa97eVFdwQmVVMUVRWGHOUkVGNFRrUnJNVTVSUFQwPQ==&secuencia=-1&t=1579774483

Cronograma Crisis Sanitaria ESSAL



Fuente: Presentación SISS ante Comisión Especial Investigadora, 30/09/2019

Otra de las consecuencias de la crisis sanitaria fue la decisión adoptada por la Cámara de Diputados de formar una Comisión Especial Investigadora en relación al accionar de los órganos públicos ante la emergencia. El reciente informe de la Comisión de 29 de enero de 2020, fue aprobado por 7 votos contra 4 en el seno de la instancia especial. En él se estipuló, entre otras medidas, solicitar al Presidente de la República decretar la caducidad de la concesión sanitaria de ESSAL, fortalecer la SISS para que pueda desarrollar con mayores y mejores condiciones sus labores de fiscalización, mejorar el sistema de sanciones y tarifas sanitarias y solicitar el inicio de un sumario administrativo por parte

de la Contraloría General de la República respecto del actuar de la SISS ante la crisis²⁴. Sin embargo, al igual que los resultados de la votación comunal, las propuestas de la Comisión no son vinculantes ni para la SISS ni para el Gobierno.

Los incumplimientos y cortes de suministro de las empresas sanitarias distan de ser una realidad aislada. Esto lo demuestran tanto los informes de la SISS²⁵ como los posteriores cortes ocurridos durante el mes de septiembre de 2019 en Los Ángeles y Chiguayante (abastecidas por la empresa concesionaria ESSBIO S.A.). En el caso específico de ESSAL cabe indicar que en agosto de 2019 el Tercer Tribunal Ambiental condenó a la empresa por el daño ambiental causado al haber vertido aguas servidas al Lago Llanquihue²⁶, mientras que en diciembre de 2019 la Superintendencia del Medio Ambiente le formuló cargos por el vertimiento de aguas servidas en la bahía de Ancud²⁷. Este tipo de eventos y el caso extremo de la crisis en Osorno han puesto nuevamente en cuestión el actual sistema privatizado de prestación de estos servicios públicos básicos, así como el rol que el sector público debe cumplir como fiscalizador y/o eventual operador de los servicios de agua potable y alcantarillado urbanos. En especial considerando no sólo el reconocimiento internacional del agua potable y el saneamiento como un derecho humano básico, sino que también el consiguiente deber del Estado de respetar, proteger y garantizarlo²⁸.

24 Cámara de Diputados (2020). Informe de la Comisión Especial Investigadora del accionar de los órganos públicos para afrontar la emergencia producida por la contaminación de los sistemas de producción y provisión de agua potable de la comuna de Osorno. Disponible en: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmlID=53114&prmlTIPO=INFORMECOMISION>

25 Durante el año 2017 se contabilizaron un total de 12.460 cortes de agua, de los cuales 8.115 no fueron programados, mientras que en 2018 se contabilizaron 11.052 cortes de los cuales 7.279 no fueron programados. SISS (2018) Informe Sector Sanitario 2017 y SISS (2019) Informe Sector Sanitario 2018. Ambos disponibles en: <https://www.siss.gob.cl>

26 Tercer Tribunal Ambiental, Sentencia de fecha 08 de agosto de 2019 dictada en causa Rol N° D-30-2017.

27 Superintendencia del Medio Ambiente, Resolución Exenta N°1/Rol D-205-2019 de 05 de diciembre de 2019.

28 El contenido y alcance del derecho humano al agua y saneamiento será tratado en secciones posteriores de este documento.

En este contexto, estimamos que resulta pertinente revisar el proceso de privatización de los servicios sanitarios urbanos en Chile y evaluar los resultados actuales de su gestión por parte de las empresas concesionarias. Para ello, junto con su historia y el marco legal aplicable, se expone información vinculada con la actual estructura del sector sanitario, la cobertura, tarifas y utilidades de las empresas sanitarias, los servicios no regulados, el régimen sancionatorio, el historial de incumplimientos de los proveedores de servicios sanitarios y la causal de caducidad de las concesiones. Estos elementos nos permitirán desarrollar una revisión crítica del actual modelo de prestación privatizado de los servicios sanitarios urbanos, a fin de vislumbrar las deficiencias de su actual marco legal y la factibilidad de avanzar en la recuperación y gestión pública de estos servicios públicos básicos.

Historia y estatuto legal de los servicios sanitarios urbanos y su privatización²⁹

Hasta finales de la década de 1980 la prestación de los servicios sanitarios urbanos se encontraba en manos del Estado. En el año 1977, la Dirección de Obras Sanitarias (DOS) fue reemplazada por el Servicio Nacional de Obras Sanitarias (SENDOS) conformada por una Dirección Nacional y 11 Direcciones Regionales, una en cada región administrativa. Excepcionalmente, en la V Región y en la Región Metropolitana, se crearon dos empresas de propiedad estatal constituidas como sociedades anónimas: la Empresa de Obras Sanitarias de Valparaíso (ESVAL) y la Empresa Metropolitana de Obras Sanitarias (EMOS). Entre 1977 y 1997 la cobertura de agua potable urbana creció desde un 85,6% a 99,3%, y la de alcantarillado desde un 55,9% a 91%³⁰.

En el año 1988, el gobierno de la dictadura militar dictó el Decreto con Fuerza de Ley N° 382 (DFL N°382), denominado Ley General de Servicios Sanitarios (LGSS). En él se instauraron las reglas de operación de los prestadores y empresas sanitarias, así como las condiciones del nuevo modelo sanitario. A partir de la entrada en vigencia de la LGSS, la prestación de los servicios de producción y distribución de agua potable y de recolección y disposición de aguas servidas se comenzaría a efectuar

29 El presente documento sólo se refiere a los servicios sanitarios prestados dentro de zonas urbanas o urbanizables sin abarcar el estudio de los servicios sanitarios rurales. Las áreas rurales son abastecidas, en general, por cooperativas y comités de agua potable rural, y no se encuentran sometidos al marco regulatorio aplicable a las concesionarias urbanas, las que no obstante prestan asesoría técnica a los prestadores rurales bajo la forma de actividades no reguladas. A diciembre de 2017 se contabilizaban más de 1.800 servicios de agua potable rural que atienden a más de 500.000 viviendas. Los servicios sanitarios rurales se encuentran regulados por la Ley N°20.998 de 14 de febrero de 2017 y su Reglamento.

30 SISS, Cuadro de evolución histórica de la cobertura de tratamiento de aguas servidas nacional. Disponible en: www.siss.gob.cl/586/w3-article-3683.html#i_w3arEidoxCuerpo_1_3683EvoluciC3B3n20HistC3B3rica20de-20la20Cobertura20de20Tratamiento20de20Aguas20Servidas20Nacional

bajo la modalidad de un régimen concesional a cargo de empresas públicas constituidas como sociedades anónimas abiertas cuyo objeto único es la prestación de estos servicios sanitarios³¹.

Estas empresas operan con exclusividad dentro de sus áreas geográficas de concesión, ejerciendo un monopolio natural. La concesión es otorgada mediante un Decreto del Ministerio de Obras Públicas, siendo de duración indefinida salvo que sobrevenga una causal legal de caducidad declarada por la autoridad como conclusión de un procedimiento administrativo sancionatorio, pudiendo en todo o en parte ser objeto de cualquier acto jurídico (como por ejemplo la transferencia de su dominio o el derecho a explotarla)³². La regulación y fiscalización, así como el proceso de cálculo de las tarifas a cobrar por los servicios quedó a cargo de la SISS³³.

Paralelamente, el DFL MOP N°70 de 1988 “*Ley de Tarifas*” fijó el sistema de regulación de las tarifas sanitarias. Esta normativa buscó tarificar los servicios a costo marginal de largo plazo, estableciendo las llamadas “*tarifas eficientes*” en base a la operación de una empresa modelo³⁴. Las tarifas se asocian al cálculo de planes y costos de desarrollo de inversiones a mediano y largo plazo de acuerdo al incremento esperado de la demanda, incluyendo cargos fijos. Los procesos de fijación de tarifas se llevan a cabo de modo quinquenal bajo un sistema “*adversarial*”, donde el estudio tarifario elaborado por la SISS es contrastado con el que entrega la empresa sanitaria. Las discrepancias son resueltas por una Comisión de Expertos.

31 Artículo 8° LGSS. No obstante el artículo 6° LGSS exceptúa de dicha obligación a Municipalidades y Cooperativas que se encontraban a la fecha prestando servicios sanitarios y a la Sociedad Agrícola y Servicios Isla de Pascua Limitada, algunas de las cuales siguen prestando servicios sanitarios dentro de área geográfica de concesión.

32 Artículo 7° LGSS.

33 La cual fue creada mediante Ley N°18.902 de 1990.

34 La noción de empresa modelo para el cálculo tarifario, implica la concepción de una empresa que supliría la demanda al mínimo costo conjunto de inversión y operación dentro del espacio de tiempo definido (en este caso cinco años).

Este proceso de fijación tarifario ha sido fuertemente criticado por su falta de transparencia y por el hecho de que el DFL N°70 garantiza a las empresas un premio por riesgo de mínimo 3,0% a 3,5% y un piso de rentabilidad anual de 7% (tasa de costo de capital)³⁵. Otras críticas apuntan a que el regulador se encuentra ante una asimetría informacional con respecto a las empresas concesionarias, las cuales tenderían a sobredimensionar los costos de operación y servicio y a maximizar el número de discrepancias, a sabiendas de que los expertos tienden a promediar las divergencias para generar una solución intermedia³⁶. Si vemos las abismales diferencias entre los aumentos y reducciones que los estudios presentados por el prestador y la SISS proponen para la tarifa y sus resultados, quedan en evidencia los sesgos en ellos contenidos³⁷. La tarifa eficiente se convierte entonces en una tarifa negociada que no necesariamente refleja el costo real de producción del servicio, sino que proclive a asegurar rentabilidad y utilidad de la empresa, la cual ya se ve beneficiada por participar como prestador de un servicio público en condiciones de monopolio natural.

35 Artículo 5° DFL MOP N°70/88 Ley de Tarifas.

36 Ministerio de Obras Públicas (2019). Exposición realizada ante la Comisión de Obras Públicas (OOPP) del Senado de 10 de julio de 2019. En esta ocasión el Ministro del MOP indicó que en los procedimientos tarifarios los prestadores adoptan conductas estratégicas como: i) sobredimensionamiento de costos ("*tejo pasado*"); y ii) maximización de discrepancias, ya que expertos promedian propuestas divergentes y convergen en la mitad.

37 En el cuadro de Diagnóstico de Procedimiento de Cálculo Tarifario adjunto se puede ver, por ejemplo, que en el caso de NuevoSur la SISS propuso un disminución del 15,30% de la tarifa mientras la empresa un alza de 44,7%, fijándose finalmente un alza de 5,5%.

Diagnóstico de Procedimientos de Cálculo Tarifario

Empresa	V PROCESO				
	SISS	Empresa	Final	N° Discrepancias	Acuerdos/ Expertos
Aguas Chañar S.A.	-0,5 %	33,3 %	11,4 %	149	Expertos
ESVAL S.A.	-19,90 %	15,30 %	0 %	386	Acuerdo
Aguas Andinas S.A.	-21,28 %	16,67 %	0,67 %	410	Acuerdo
Aguas Araucanía S.A.	-8,20 %	40,0 %	10 %	173	Acuerdo
Aguas de Antofagasta S.A.- Econssa S.A. Tratacal S.A.	- 20,1 %	23,9 %	-0,6 %	260	Acuerdo
Essal S.A.	-17,2 %	38,8 %	2,50 %	430	Acuerdo
NuevoSur S.A.	-15,30 %	44,70 %	5,50 %	288	Acuerdo
Aguas del Valle	-5,9 %	31,5 %	6,0 %	231	Acuerdo
ESSBIO S.A.	-19,5 %	36,0 %	4,0 %	334	Acuerdo

Fuente: Presentación MOP 09/07/2019

Empresa	VI PROCESO				
	SISS	Empresa	Final	N° Discrepancias	Acuerdos/ Expertos
Aguas Chañar S.A.	Proceso en curso				
ESVAL S.A.	-19,80 %	22,60 %	1,93 %	492	Expertos
Aguas Andinas S.A.	-14,62 %	29,66 %	0 %	683	Acuerdo
Aguas Araucanía S.A.					Prórroga
Aguas de Antofagasta S.A.- Econssa S.A. Tratacal S.A.	-25,0 %	28,1 %	-1,3 %	321	Acuerdo
Essal S.A.	-24,20 %	23,30 %	-1 %	323	Acuerdo
NuevoSur S.A.	-21,28 %	19,32 %	-1,53 %	228	Acuerdo
Aguas del Valle	-25,4 %	31,3 %	-1,5 %	410	Acuerdo
ESSBIO S.A.	-22,23 %	19,73 %	-1,37 %	259	Acuerdo

Fuente: Presentación MOP 09/07/2019

La dictación de la LGSS motivó que ESVAL y EMOS -mediante la ley N° 18.777 de 1989- se constituyeran como sociedades anónimas con participación accionaria del FISCO (35%) y de CORFO (65%). Por su parte, la Ley N°18.885 de 1990 autorizó a que las Direcciones Regionales de SENDOS fueron reemplazadas por once sociedades anónimas sanitarias estatales que contaban con participación accionaria del FISCO (1%) y de CORFO (99%)³⁸. En el año 1998 se dictó la Ley N° 19.549. Esta ley tuvo como finalidad permitir el ingreso de capitales privados a la industria sanitaria, dando inicio al proceso efectivo de privatización de las empresas públicas sanitarias. Este proceso de paulatina privatización se condice con los lineamientos trazados tanto por el Banco Mundial como el FMI, quienes imponen diversas formas de privatización como condición de la entrega de financiamiento para proyectos vinculados con el agua y servicios sanitarios³⁹.

Bajo este nuevo escenario el Estado vendió redundante su participación accionaria -y con ello la concesión sanitaria, obras de infraestructura y totalidad de derechos de agua destinados a la producción de agua potable- en ESVAL (V Región)⁴⁰, EMOS (Región Metropolitana), ESSEL (VI Región), ESSBIO (VII Región) y ESSAL (X Región), manteniendo actualmente en algunos casos un porcentaje testimonial de participación⁴¹. Posteriormente, y a partir del año 2000 se modificó el sistema de privatización sanitarios, procediendo entre 2001 y 2004 las

38 Las sociedades estatales creadas por la Ley N° 18.885 fueron: **a)** Empresa de Servicios Sanitarios de Tarapacá S.A.; **b)** Empresa de Servicios Sanitarios de Antofagasta S.A.; **c)** Empresa de Servicios Sanitarios de Atacama S.A.; **d)** Empresa de Servicios Sanitarios de Coquimbo S.A.; **e)** Empresa de Servicios Sanitarios del Libertador S.A.; **f)** Empresa de Servicios Sanitarios del Maule S.A.; **g)** Empresa de Servicios Sanitarios del Bio-Bio S.A.; **h)** Empresa de Servicios Sanitarios de la Araucanía S.A.; **i)** Empresa de Servicios Sanitarios de Los Lagos S.A.; **j)** Empresa de Servicios Sanitarios de Aysén S.A.; **k)** Empresa de Servicios Sanitarios de Magallanes S.A.

39 Hall, D. (2001). *“El agua en manos públicas”*. Informe encargado por la Internacional de Servicios Públicos, McDonald, D.A. & Swyngedouw, E. (2019). The new water wars: Struggles for remunicipalisation. *Water Alternatives* 12(2): 322-333.

40 La primera experiencia de privatización se efectuó en 1999 con la venta del 40,38% de las acciones de ESVAL al grupo Aguas Puerto, formado por Enersis y Anglian Waters (Informe del Sector Sanitario 1998 de la SISS, pág. 20).

41 La última gran venta de títulos accionarios se llevó a cabo en 2011 (29,98% de Aguas Andinas, 38,44% de ESSBIO, 24,43% de ESVAL y 40,46% de ESSAL) mediante remates en bolsa de acciones por US\$1.500 millones. Actualmente CORFO es dueño del 5% de Aguas Andinas, ESVAL, ESSAL y ESSBIO.

empresas públicas restantes a suscribir contratos de transferencia de la explotación de los servicios sanitarios a sociedades anónimas privadas. La duración de estos contratos de transferencia se pactó por un plazo de 30 años⁴².

Como consecuencia de este proceso adquirieron el derecho de explotación de la concesión las siguientes sociedades anónimas: Aguas del Altiplano, Aguas Antofagasta, Aguas Chañar, Aguas del Valle, Aguas Nuevo Sur, Aguas Araucanía, Aguas Patagonia de Aysén y Aguas Magallanes. En estos casos el Estado sigue siendo el titular de la concesión sanitaria a través de la empresa pública Empresa Concesionaria de Servicios Sanitarios S.A. (Econssa S.A.)⁴³. El rol actual de Econssa se limita a velar por el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los diferentes contratos de transferencia a fin de que los operadores entreguen un servicio de calidad a las comunidades, siendo el responsable legal de dicha prestación ante la SISS. Sin embargo, en la práctica Econssa podría prestar directamente los servicios sanitarios, ya que cuenta con la facultad legal de hacerlo⁴⁴, aún cuando actualmente carece del personal y la destinación presupuestaria requerido para ello, lo que en último término responde a una decisión político económica.

42 A fin de tener una referencia del valor de transferencia, cabe indicar que la concesión que actualmente explora Aguas del Valle se realizó en 2003 a un valor del orden de US\$90 millones. Cámara de Diputados de Chile. Informe de Comisión Investigadora acerca del rol de la SISS y Econssa respecto de problemas generados por la empresa Aguas del Valle, pag. 34.

43 Econssa S.A. se forma a partir de la fusión de las ocho empresas sanitarias públicas, llevada a cabo el 20 de diciembre de 2004. Sin embargo, su denominación como Econssa data sólo del año 2008. Su objeto social es la producción y distribución de agua potable, la recolección, tratamiento y disposición de aguas servidas y la realización de las demás prestaciones relacionadas con dichas actividades.

44 Excepcionalmente en el caso de Antofagasta la transferencia excluyó explícitamente la disposición de aguas servidas, la que permanece bajo la explotación de Econssa S.A.

Actual estructura del sector sanitario urbano chileno

Según el último informe sectorial de la SISS, a diciembre de 2018, más de 80% de la población del país habita en zonas urbanas atendidas por un total de 53 concesionarias sanitarias cubriendo 397 localidades. El total de clientes llega a los 5,5 millones, lo que equivale a más de 14,3 millones de habitantes⁴⁵. 96,2% de los clientes regulados son atendidos por empresas privadas (titulares de la concesión o del derecho a explotarlas en base a un contrato de transferencia) mientras que sólo un 3,8% son atendidos por concesionarias de propiedad municipal, cooperativas o comunidades de copropietarios⁴⁶.

Del total de los clientes regulados 43,8% son atendidos por empresas controladas por el Grupo Suez (Aguas Andinas, Aguas Cordillera, Aguas Manquehue y ESSAL), 36,1% por empresas controladas por el Fondo de Pensiones de los Profesores de Ontario, Canadá (ESSBIO, ESVAL, Novosur y Aguas del Valle), 10,5% por empresas controladas por el grupo Marubeni e INCJ (Aguas Araucanía, Aguas del Altiplano, Aguas Magallanes, Aguas Chañar y Aguas Décima), 3,6% por el servicio municipal SMAPA, 3,3% por Aguas de Antofagasta controlada por el Grupo EPM y el resto por otros propietarios⁴⁷.

45 Ministerio de Obras Públicas (2019). Exposición de Ministro de Obras Públicas realizada ante la Comisión de Obras Públicas de la Cámara de Diputados de 05 de Agosto de 2019 y SISS (2019).

46 SISS (2019).

47 Los datos disponibles en el Informe del Sector Sanitario 2018 de la SISS han sido corregidos de acuerdo a la información actualizada sobre participación accionaria de las empresas disponibles en la página web de las Superintendencia de Valores y Seguros www.svs.cl

Cobertura, tarifas y utilidades de las empresas sanitarias

Desde el inicio del proceso privatizador la expansión de la cobertura de los servicios sanitarios urbanos ha ido de la mano del aumento de las tarifas, las que financian la infraestructura y prestación sanitaria. Entre 1998 y 2004 la cobertura de agua potable en las áreas urbanas concesionadas aumentó de un 99,3% a un 99,7% llegando a un 99,97% en 2018. Por su parte, la cobertura de alcantarillado urbano lo hizo desde un 91,6% en 1998 a un 95,0% en 2004 alcanzando un 97,17% en 2018⁴⁸.

En cuanto a las tarifas, éstas registraron un aumento de 20% en términos reales en el primer proceso de ajuste tarifario post privatización realizado en el año 2000 y aplicable a EMOS y ESVAL, esto sin considerar la etapa de tratamiento de aguas servidas, lo que implicaría un alza aún mayor⁴⁹. Tomando como referencia una cuenta mensual de agua de 20 m³, la cuenta para los clientes de Santiago aumentó en un 117% entre 1998 y 2003, 34,5% entre 2003 y 2007 y un 55% entre 2007 y 2017, con un aumento total de 356%. Para los clientes de la ciudad de Concepción el aumento fue de un 108%, 44%, 23% y 46% en los mismos períodos, con un aumento total de 276%. Para los clientes de la ciudad de Valparaíso los aumentos correspondientes fueron de 88%, 44,7% y 26% con un aumento total de 243,9%. Por su parte, para los clientes de Osorno el aumento de la tarifa

48 SISS (2019). Respecto de la cifra sobre cobertura de alcantarillado, muchas de las obras de urbanización son directamente por el SERVIU. Donde si se puede ver un aumento considerable es en la cobertura de tratamiento de aguas servidas que subió de 21,9% en 1999 a 99,97 en 2017 contabilizando sólo a la población que contaba con alcantarillado (El aumento de esta cobertura se condice con el inicio del cobro de tarifa por este servicio). Estudios recientes han constatado que estas cifras de saneamiento son también engañosas, toda vez que incluyen la disposición a través de emisarios submarinos que disponen las aguas servidas directamente al mar con pre-tratamiento básico. Así, para el año 2014 se contabilizó que cerca del 30% de las aguas servidas se disponían de este modo, resultando 250 millones de m³ al año de aguas servidas dispuestas al mar, impidiendo la reutilización de esas aguas y alternado consecuentemente los ecosistemas costeros. Red Interamericana de Academias de Ciencias (2019). Calidad del Agua en las Américas: Riesgos y Oportunidades, pág. 171. Los datos de coberturas están disponibles en <http://www.siss.gob.cl/586/w3-article-3683.html> y en el Informe del Sector Sanitario 2017 elaborado por la SISS, disponible en: https://www.siss.gob.cl/586/articles-17283_recurso_1.pdf

49 Gómez-Lobo, A. & Vargas, M. (2001) *“La regulación de las empresas sanitarias en Chile: una revisión del caso de EMOS y una propuesta de reforma regulatoria”*. Documento de Trabajo N° 177, Departamento de Economía, Universidad de Chile.

fue de 114,5%, 71,7%, 20,4% con un aumento total del 343,6%⁵⁰. Entre el año 2017 y 2018, los valores de la cuenta tipo de 20 m³ aumentaron en un 5,6% en las empresas mayores y medianas y en un 4,8% en las empresas menores⁵¹.

Esta alza de las tarifas se podría ver próximamente impactada por el desarrollo de las obras prioritarias para el sector sanitario proyectadas por el Ministerio de Obras Públicas para hacer frente a la crisis hídrica y al cambio climático. Según las estimaciones del Ministerio, la inversión en obras que se deberán realizar dentro de los próximos años ascendería a los 700 millones de dólares incluyendo la construcción de pozos profundos, mega ductos y plantas desaladoras⁵². Siendo incierta la forma de financiamiento y efectividad de la ejecución de las obras, de realizarse éstas deberán incorporarse en los planes de desarrollo y por ende verse reflejadas en las tarifas, como ocurre en el caso de la entrada en operación de la planta desaladora de Atacama que se estima implicaría un aumento del 15% de las tarifas de Aguas Chañar⁵³. Cabe indicar que en casos fundados, como por ejemplo a causa de situaciones de sequía, la SISS cuenta con la facultad de ordenar al prestador la realización de acciones adicionales y modificar los planes de desarrollo, *“siempre que no representan un daño emergente para el prestador”*⁵⁴.

En 2017, la SISS publicó información donde comparaba las cuentas de agua potable y saneamiento de Santiago con otras grandes ciudades, concluyendo que las tarifas de la capital chilena se encontraba entre las más económicas, siendo la que presentaba la tarifa más barata entre las capitales de países pertenecientes a la OCDE⁵⁵. Sin embargo, la propia

50 Datos de tarifas históricas disponibles en www.siss.cl

51 SISS (2019).

52 Diario Financiero, noticia de 17 de diciembre de 2019. <https://www.df.cl/noticias/empresas/construccion/autoridad-sanitaria-define-obras-prioritarias-de-plan-por-us-700/2019-12-17/202330.html>

53 Diario Financiero, noticia de 17 de diciembre de 2019. <https://www.df.cl/noticias/empresas/construccion/autoridad-sanitaria-define-obras-prioritarias-de-plan-por-us-700/2019-12-17/202330.html>

54 Artículo 58° LGSS.

55 SISS (2018) Informe del Sector Sanitario 2017.

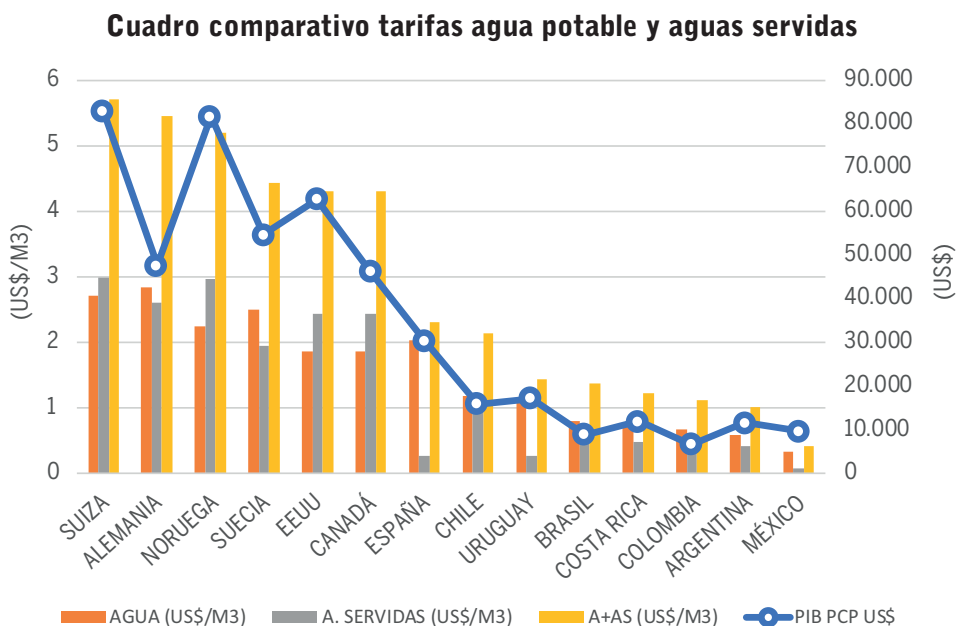
SISS aclaró que las tarifas de cada país usadas en el estudio diferirían en su cobertura (algunas tarifas no alcanzaban a cubrir costos de operación, otras sólo cubrían costos y otras cubrían costos y financiaban la inversión sanitaria) lo que limitaba de manera considerable su alcance comparativo⁵⁶. Otro sesgo del análisis se da ya que la tarifa de Santiago no es representativa de la realidad del país, por ser la capital regional con las tarifas más bajas. Esto se refleja en casos como los de Antofagasta, Copiapó o Coyhaique donde los usuarios pagan una tarifa que es más del doble que la de Santiago usada en la medición.

En términos generales, como indica la SISS, se puede afirmar que las tarifas de agua potable y aguas servidas chilenas son más bajas que en gran parte de los países miembros de la OCDE con los que tanto gusta compararse. No obstante, estos países cuentan con un producto interno per cápita que duplica al de Chile según datos del Banco Mundial⁵⁷. En cambio, si comparamos las tarifas de agua potable y alcantarillado chilenas con las de países latinoamericanos que presentan una realidad y un producto interno bruto más cercano al nuestro, podemos apreciar que las tarifas sanitarias se encuentran por sobre la media, tomando como base un consumo promedio de 15 m³/mes según datos del IBNet⁵⁸.

56 La Tercera, noticia de 30 de julio de 2019. Disponible en: <https://www.latercera.com/pulso/noticia/cara-agua-chile-informe-la-siss-comparo-las-tarifas-locales-mundo/761430/>

57 Banco Mundial, base de datos PIB per cápita. Disponible en: <https://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.PCAP.CD>

58 IBNet Tariff DB. Tariff Benchmarking. Disponible en: <https://tariffs.ib-net.org/sites/IBNET/VisualSearch?Weight=0&ServiceId=3&YearId=0&perPage=50>



Elaboración propia a partir de datos de BM e IBNet

El sustancial aumento de las tarifas chilenas se ha visto reflejado en el resultado de explotación de las empresas sanitarias, el que entre 2007 y 2017 creció un 69,8% llegando a los \$446.256 millones para este último curso y a \$448.803 millones en 2018. Las utilidades de las sanitarias crecieron en un 44% dentro del mismo período, alcanzando los \$321.811 millones en 2017, aumentando un 10,5% en 2018 llegando a los \$345.632 millones⁵⁹. En contraste, el total de inversiones ejecutadas por las empresas sanitarias en 2017 fue un 2,8% menor al total de inversiones del año anterior, marcando una tendencia de disminución sostenida desde 2014, la que fue en parte paliada por el ejercicio de 2018 donde la

59 SISS (2018, 2019).

inversión ejecutada aumentó un 13,4% en comparación a 2017. En cuanto a la ejecución de las obras comprometidas en los planes de desarrollo -que consideran la construcción, reposición y mejoramiento de la infraestructura sanitaria y en base al cual calculan las tarifas-, entre 2013 y 2017 ésta alcanzó un promedio de 79,4% de grado de cumplimiento (67% en 2015). Es decir, un 20,6% de las obras comprometidas no fueron ejecutadas. En 2018 el porcentaje de cumplimiento fue de un 86%, 5 puntos porcentuales menor al 91% de 2017. Del total de la inversión realizada en 2018 en infraestructura sanitaria, 15,5% correspondió a obras comprometidas para años anteriores (Plan de Desarrollo Rezagado)⁶⁰.

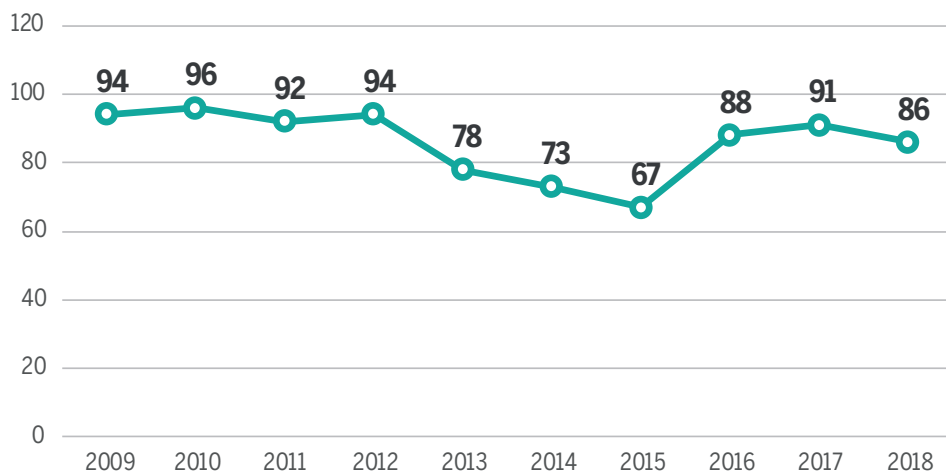
La baja inversión en infraestructura, escasa reposición de redes de agua potable y aguas servidas y consiguiente pérdida de agua producida, ha redundado en un detrimento progresivo de la calidad del servicio⁶¹. Esto se explica en parte por el hecho que sólo se considera incumplimiento si la ejecución del Plan de Desarrollo comprometido es menor a 70%, evaluándose además la importancia y trascendencia de la obra no construida. Bajo este escenario los incentivos para el cumplimiento son sumamente bajos teniendo a la vista el importe de las multas que en la práctica son aplicadas por la SISS⁶².

60 SISS (2018, 2019).

61 Durante el año 2018, un 33,81% del agua potable producida en el país para los sectores urbanos, no llegó a los usuarios finales o bien no fue facturada por diversas razones. SISS (2019).

62 Entre 2010 y 2017 sólo se aplicaron 28 sanciones por incumplimiento de Plan de Desarrollo, 7 de ellas en 2017 de acuerdo a la información disponible en www.siss.cl

Porcentaje de cumplimiento Planes de Desarrollo



Fuente: SISS (2019)

Servicios no regulados, empresas filiales y coligadas

Junto con los cuantiosos ingresos derivados de la explotación de los servicios sanitarios por concepto de tarifas y la rentabilidad garantizada por ley, las empresas sanitarias se benefician de los ingresos provenientes de los denominados “*servicios no regulados*”⁶³. Si bien según el artículo 8º de la LGSS las sociedades concesionarias de servicios sanitarios tienen como objeto único el establecimiento, construcción y explotación de los servicios sanitarios, a continuación se les autoriza a efectuar las “*demás prestaciones relacionadas con dicha actividad*”. Una interpretación

63 La SISS ha interpretado que las “*actividades no relacionadas*” o “*servicios no regulados*” son aquellos/as íntimamente vinculados con los servicios sanitarios definidos en la LGSS y que constituyen el objeto principal de la concesión, no pudiendo entenderse estas actividades de manera tal que desaparezca la necesaria vinculación que debe existir entre el negocio relacionado y alguno de los cuatro servicios de su objeto único. Ord. Nº6294 SISS de 22 de diciembre de 2014. Son servicios no regulados, entre otros, la venta de agua cruda a granel, el tratamiento de aguas servidas y residuos industriales líquidos, y la asesoría técnica y prestación de servicios para sistemas de agua potable rural.

laxa de este precepto ha permitido que en la práctica las sociedades anónimas concesionarias extiendan su posición dominante y el carácter monopólico de los servicios regulados hacia actividades desreguladas no relacionadas.

Lo cuestionable de esta operatoria radica en que la infraestructura utilizada para proveer los servicios regulados se usa también para actividades no reguladas. De este modo, los servicios regulados que por medio de las tarifas financian estas infraestructuras y el funcionamiento de la concesionaria, estarían subvencionando los servicios no regulados. Para abordar esta situación, la regulación de tarifas señala que parte de los ingresos por concepto de servicios no regulados se deben ver reflejados en descuentos para las tarifas reguladas. No obstante, la ambigüedad de la actual disposición sobre este punto no permite dilucidar con claridad los aspectos centrales del cálculo de los descuentos⁶⁴, quedando la decisión entregada a la dinámica propia del cálculo tarifario. Por ello, dada la asimetría de información y escasa transparencia de los procesos de fijación tarifaria, resulta discutible que los descuentos sean proporcionales al beneficio real que para las concesionarias reporta la utilización de la infraestructura sanitaria para el desarrollo de sus servicios no regulados⁶⁵.

En este sentido, es sintomática la reticencia tanto de las empresas sanitarias como de la SISS en entregar información sobre los acuerdos que las primeras suscriben respecto de servicios no regulados. Así lo demuestran casos como el del convenio suscrito entre Aguas Andinas y AES Gener para el uso de derechos de agua en actividades de generación

64 Butelmann, A. & Fuentes, F. (2017). Tarificación de Empresas Sanitarias y la Moción Parlamentaria que la Modifica. Revista Observatorio Económico N° 114.

65 En la actualidad la norma que regula este ítem es el inciso quinto del artículo 8° del DFL N° 70, el que en términos bastante vagos indica que “(...)si por razones de indivisibilidad de proyectos de expansión, éstos permitieran también satisfacer, total o parcialmente, demandas previstas de servicios no regulados que efectúe el prestador, se deberá considerar sólo una fracción de los costos correspondientes, para efectos del cálculo de las tarifas. Dicha fracción se determinará en concordancia con la proporción en que sean utilizados los activos del proyecto por los servicios regulados y no regulados.”

hidroeléctrica para el proyecto Alto Maipo y el de Aguas Antofagasta con empresas mineras para la venta de agua cruda. En ambos casos, ante la negativa de las concesionarias y la SISS de dar a conocer el contenido de los acuerdos, fue necesario recurrir a la Corte de Apelaciones vía amparo de transparencia⁶⁶. Las cifras de la SISS muestran una clara tendencia en el incremento del peso de los servicios no regulados dentro de la industria. Así, el porcentaje proveniente de ingresos no regulados sobre los ingresos totales era de 6,5% en 2005, llegando a 11% en 2015, muy superior a países como por ejemplo Inglaterra, donde no superan el 2%⁶⁷.

Los servicios no regulados pueden también ser prestados mediante empresas filiales o coligadas, resultando procedente un descuento tarifario de acuerdo a la Ley de Tarifas⁶⁸. El costo de los servicios subcontratados o relacionados por algunas empresas sanitarias puede contribuir a un incremento de los costos y por ello, la determinación tarifaria podría terminar en montos mayores. Si la empresa prestadora y la relacionada tienen una composición propietaria idéntica o similar, la empresa relacionada se transforma en un subterfugio para incrementar los costos de operación y, como resultado de ello, dar lugar a un aumento en la tarifa cuyo origen sea dudoso⁶⁹. Al no estar estas empresas sujetas a la fiscalización de la SISS, resulta aún más engorroso que ésta conozca sus ingresos y negocios vinculados con servicios no regulados.

66 Desde julio de 2016 se encuentra en tramitación en el Congreso un proyecto de ley para la modificación de la legislación sanitaria, el cual será tratado en los acápite siguientes del documento. Entre otros temas este proyecto busca que el descuento vinculado a servicios no regulados sea equivalente a una proporción de cincuenta por ciento de las utilidades que el prestador perciba por dicho concepto (Boletín N° 10795-33). Disponible en: https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11239&prmBoletin=10795-33

67 Equipo de Asesoría Técnica Parlamentaria del Congreso Nacional (2019). Exposición sobre antecedentes para la discusión del proyecto de ley que modifica la legislación de los servicios públicos sanitarios, Boletín N°10795-33 realizada ante la Comisión de Obras Públicas del Senado el 08 de mayo de 2019.

68 Artículo 8 inciso final del DFL MOP N°70 de 1988, Ley de Tarifas.

69 Proyecto de Ley que modifica la legislación aplicable a los servicios públicos sanitarios, en materia de servicios no regulados, de fijación tarifaria y de cumplimiento de planes de desarrollo por parte de los prestadores (Boletín N° 10795-33).

Régimen sancionatorio sanitario

El régimen sancionatorio sanitario está contenido en la Ley 18.902. Su artículo 11 indica que se podrán aplicar multas a beneficio fiscal, las que van desde 1 a 10.000 UTA⁷⁰ por infracciones relativas a la calidad del servicio, infracciones que afecten la salud de la población y/o generalidad de los usuarios, incumplimientos de plan de desarrollo, entre otras⁷¹. Una vez aplicada la multa, ésta puede ser objeto de reposición en sede administrativa y luego reclamada judicialmente en sede civil.

La sanción más grave que contempla el sistema sancionatorio sanitario es la caducidad de la concesión⁷². Esta sanción resulta procedente para concesiones en explotación en tres casos: **a)** incumplimiento de las condiciones de prestación del servicio público establecidas legalmente o por el decreto de concesión; **b)** incumplimiento del programa de desarrollo; y **c)** incumplimiento de convenios de cobro o requisitos de transferencia de explotación de la concesión. La caducidad de la concesión es declarada mediante decreto del Presidente de la República previo informe técnico de la SISS, debiendo calificarse las causales tomando en consideración la gravedad de sus consecuencias y la reiteración de su ocurrencia.

La caducidad declarada afecta tanto al titular de la misma como al titular del derecho de explotarla en caso de que ésta se hubiese transferido, pudiendo el decreto que la declara ser reclamado judicialmente. Una vez declarada, la SISS debe nombrar un administrador provisional del servicio y licitar la concesión y los bienes afectos a dentro del plazo

70 Corresponde a aquella unidad tributaria mensual vigente en el último mes del año comercial respectivo, multiplicada por doce o por el número de meses que comprende el citado año comercial. A Febrero de 2020 su valor llegaba a los \$596.676 (http://www.sii.cl/valores_y_fechas/utm/utm2020.htm).

71 De acuerdo al art. 11º de la Ley 18.902, las multas pueden ascender **a)** de 1 a 50 UTA por infracción a la calidad del servicio; **b)** de 51-1000 UTA por infracciones que afecten la salud de la población y/o generalidad de los usuarios; **c)** de 1-100 UTA por incumplimiento de instrucciones de la SISS; **d)** de 51-500 UTA por entrega de información falsa o manifiestamente errónea; **e)** de 51-10.000 UTA por incumplimiento de plan de desarrollo; y, **f)** de 51-1000 UTA por entrega o uso de información privilegiada.

72 Artículo 26º LGSS.

de un año. Asimismo, debe proceder a hacer efectivas las garantías de cumplimiento de programa de desarrollo y condiciones del servicio⁷³.

Historial de incumplimientos de las empresas sanitarias chilenas

Entre los años 2010 y 2017 la SISS aplicó a las empresas sanitarias un total de 699 sanciones con un promedio de 87 sanciones anuales. Según el Informe del Sector Sanitario de 2017, el monto total de sanciones fue de 44.543 UTA y el promedio anual de 5.567,8 UTA (equivalentes a aprox. \$25.110 millones y \$3.140 millones correspondientemente según el valor de la UTA a diciembre de 2019). Un dato que llama la atención es que cerca del 80% de las multas que aplica la SISS son por calidad del servicio, las que van de entre 563.664 y 28.183.200 de pesos chilenos (1 y 50 UTA al valor de la UTA a diciembre de 2019)⁷⁴. En el año 2018 fueron aplicadas 147 multas por un monto total equivalente a \$7.464 millones, casi el doble que en 2017 donde se aplicaron 76 sanciones⁷⁵. Del total de multas aplicadas, un 82% fue por incumplimiento de calidad del servicio, 11% por infracciones comerciales, 1% por incumplimiento de instrucciones de la SISS y 6% por incumplimiento de inversiones de planes de desarrollo⁷⁶.

En cuanto a cortes no programados de agua potable, entre 2010 y 2017 se contabilizaron un total de 170.684 con un promedio anual de 21.335. En el año 2017 dicha cifra llegó a 8.115, donde 1.714 correspondieron a ESSBIO (21%), 1.300 a ESVAL (16%), 1.140 a Aguas Andinas (14%) y 861 a ESSAL (10,6%)⁷⁷. Sin embargo, en dicho año la SISS cursó sólo 50 multas por infracción a continuidad del servicio por un total de 2.861 UTA

73 Artículos 27º y 28º LGSS.

74 Datos disponibles en www.siss.cl En 2017 del total de 76 sanciones 59 fueron por esta causal.

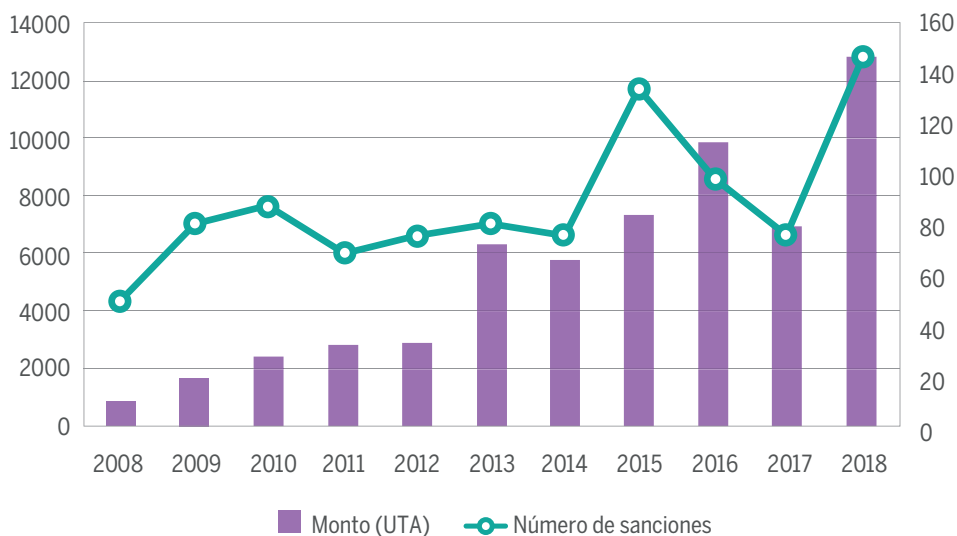
75 Ministro de Obras Públicas (2019). Exposición del Ministerio de Obras Públicas realizada ante la Comisión de Obras Públicas de la Cámara de Diputados de fecha 05 de agosto de 2019.

76 SISS (2019). Disponible en: http://www.sii.cl/valores_y_fechas/utm/utm2017.htm.

77 Datos disponibles en www.siss.cl

equivalentes a aprox. 1.613 millones al valor de la UTA a diciembre de 2019. Entre el año 2009 y 2019, 439 multas fueron cursadas por infringir la continuidad del servicio de agua potable por un total de 21.141 UTA⁷⁸ (en promedio \$10.970 millones⁷⁹), ascendiendo la más alta a 1.000 UTA (\$497 millones al valor de la UTA a abril de 2014)⁸⁰.

Evolución de montos y número de sanciones



Fuente: Presentación MOP, 05/08/2019

⁷⁸ Información reportada por SISS vía Ley de Transparencia.

⁷⁹ Para el cálculo en pesos aproximado se promediaron los valores extremos de diciembre 2009 (\$442.356) y diciembre 2019 (\$595.476).

⁸⁰ SISS, Resolución N°1144 de 01 de abril de 2014.

Si bien el prestador de los servicios sanitarios se encuentra obligado a garantizar la continuidad y calidad de los servicios⁸¹, las cifras muestran que las interrupciones de suministro son un hecho recurrente. En el caso de Aguas Andinas, entre los años 2008 y 2017 ocurrieron cinco cortes de gran magnitud que como promedio se prolongaron durante 26,9 horas y afectaron a un promedio de 1.134.424 clientes⁸². En todos estos casos la empresa alegó que los cortes se debieron a eventos de fuerza mayor, específicamente a la turbiedad extrema de las fuentes de agua. El primero de éstos cortes tuvo lugar entre el 22 y 24 de mayo de 2008 afectando a 1.440.530 clientes. La SISS calificó el hecho como de fuerza mayor, pero aplicó una multa de sólo 100 UTA por infracciones a la obligación de información oportuna sobre las áreas de reparto de agua potable e incumplimientos de planes de desarrollo.

En 2013 las interrupciones en el servicio ocurrieron el 22 de enero y los días 9 y 10 de febrero. La SISS inició dos procesos sancionatorios en los cuales nuevamente calificó los hechos como fuerza mayor, pero aplicó multas por 1.150 UTA (aprox. \$553 millones) y 500 UTA (aprox. \$241 millones) por deficiencias en la calidad de servicio, afectación a generalidad de usuarios e incumplimiento de las instrucciones de la SISS. No obstante afectar a cerca de 4 y 2 millones de habitantes en cada caso, ambas multas fueron reducidas a 400 UTA (aprox. \$192 millones) y 240 UTA (aprox. \$115 millones) tras la interposición de reposiciones administrativas ante la SISS, amparándose en las compensaciones pactadas con el SERNAC por cerca de \$2.580 millones a abonar en facturaciones futuras⁸³.

En 2016 el corte de suministro en el Gran Santiago se extendió por más de 33 horas durante los días 16, 17 y 18 de abril, afectando a más de 4 millones de personas. En este caso la SISS desestimó la hipótesis de

81 Artículo 35º LGSS.

82 Se mencionan sólo cinco casos por su significancia. El número de clientes sólo contabiliza número de arranques y no personas afectadas, cuyo número es mucho mayor.

83 SISS, Resoluciones N° 2459 y 2461, ambas del 26 de junio de 2013.

fuerza mayor, aplicando una multa de 810 UTA (aprox. \$446 millones) por afectación a la generalidad de los usuarios e incumplimiento de las instrucciones, indicando que se estaba ante una conducta reiterada⁸⁴. No conforme con la decisión, la empresa interpuso una reclamación judicial contra la sanción administrativa impuesta ante los tribunales civiles, señalando que no tenía responsabilidad en los hechos y solicitando que se le absolviese de toda sanción⁸⁵. El 29º Juzgado Civil de Santiago rebajó la multa a 187 UTA (aprox. \$108 millones), ante lo cual la SISS apeló, obteniendo Aguas Andinas que la Corte de Apelaciones de Santiago rebajase la multa en más de un 80%, dejándola finalmente en 151 UTA (aprox. \$87 millones)⁸⁶. El proceso sancionatorio fue acompañado de la presentación de una demanda colectiva por parte del SERNAC, la cual fue acogida en sede civil en marzo de 2020 ordenando a Aguas Andinas pagar a cada usuario/hogar de las 23 comunas afectadas (cerca de un millón y medio de usuarios) \$9.360.- por concepto del corte de agua que habrían sufrido durante 3 días; y 0,15 UTM, esto es, \$7.533.- por concepto de gastos incurridos⁸⁷.

Por último, en el año 2017 los cortes ocurrieron el 26 de febrero y el 21 de abril afectando correspondientemente a 1.400.974 y 649.849 clientes por un lapso de 32 y 12 horas. Estos hechos motivaron el inicio de procedimientos sancionatorios que se encuentran actualmente en tramitación, al igual que el procedimiento judicial de demanda

84 SISS, Resolución N° 2943 de 18 de agosto de 2016.

85 Causa Rol N°22.169 de 2016 tramitada ante el 29º Juzgado Civil de Santiago.

86 Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia causa Rol N° 11.914-2017 de 4 de Octubre de 2018. El fallo fue adoptado por decisión dividida. Al contrario de los Ministros Javier Moya y Alejandro Rivera, el Ministro Miguel Vázquez estuvo por revocar la sentencia y acoger la apelación presentada por la SISS, *“por estimar que la cuantía de las multas originalmente impuestas a la concesionaria, se justificaban en consideración a la cantidad de usuarios afectados y la gravedad de la infracción acreditada”*. En contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones los abogados de la SISS interpusieron Recurso de Casación, el cual se tuvo por desistido ya que no consignaron el costos de las compulsas (copias del expediente), lo cual nos habla de la negligente tramitación judicial de la instancia por parte de la institución pública.

87 Sentencia Causa Rol C-21.452-2017 del 4º Juzgado Civil de Santiago dictada el 25 de marzo de 2020. En contra de la sentencia Aguas Andinas presentó recurso de casación en la forma y apelación indicando que sólo 69 clientes reclamaron, el corte fue de 2 días y no 3 y que incluso contaron con *“agua acumulada para satisfacer sus necesidades durante el primer día”* y que ella sólo era responsable por la afectación de 24.415 clientes. La causa se encuentra actualmente en la Corte de Apelaciones de Santiago Rol Ingreso Corte N°5772-2020.

colectiva presentada en interés de los consumidores afectados por parte del SERNAC⁸⁸. Debido al alto número de usuarios afectados, la sanción del SERNAC podría llegar a cerca de US\$23.830 millones. El temor de Aguas Andinas a esta eventual multa causó que en mayo de 2018 interpusiera un recurso de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional patrocinado por el ex contralor Ramiro Mendoza. En agosto de 2019 el recurso fue rechazado⁸⁹, debiendo continuar la tramitación de la demanda colectiva, la que actualmente se encuentra en etapa de prueba.

En regiones el escenario ha sido similar. Por ejemplo, en el año 2011 a ESVAL se le aplicó una multa de 450 UTA (aprox. \$207 millones) a causa de 548 cortes de suministro no programados realizados entre 2009 y 2010⁹⁰; en 2013 una multa por 400 UTA (aprox. \$193 millones) a causa de cortes que en el año 2011 afectaron a 13 comunas⁹¹; en 2014 una por 1.000 UTA (aprox. \$498 millones) a causa de cortes no programados ocurridos a partir de los días 09 y 14 de julio de 2013 en la ciudad de Valparaíso⁹²; y otra multa por 392 UTA (aprox. \$224 millones) en 2018 por cortes en localidades desde La Ligua a Cartagena⁹³.

Otra empresa con un amplio historial de interrupciones es Aguas del Valle, ligada a ESVAL. Así, por cortes que los días 8 y 9 de enero afectaron a los habitantes de Illapel se le aplicó una multa de 71 UTA (\$42 millones). Por los cortes ocurridos en julio de 2015 acompañados de 13 días de turbiedad del agua potable afectando a un total de 39.937 usuarios entre La Serena y Ovalle, la empresa recibió una multa de 950 UTA (aprox. \$519 millones) en 2016⁹⁴. Por interrupciones ocurridas en Ovalle entre el 7 y 10 de agosto de 2015 se le aplicó una multa por 200 UTA (aprox.

88 Causa Rol N° 21.203-2017 tramitada ante el 4° Juzgado Civil de Santiago. Información actualizada a 03 de febrero de 2020 según consta en www.pjud.cl

89 Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia dictada en causa Rol N°4795-2018 con fecha 02 de agosto de 2019.

90 SISS, Resolución N°2244 de 14 de junio de 2011.

91 SISS, Resolución N°1332 de 10 de abril de 2013.

92 SISS, Resolución N°1144 de 01 de abril de 2014.

93 SISS, Resolución N°1289 de 25 de junio de 2018.

94 SISS, Resolución N°1814 de 17 de mayo de 2016.

\$110 millones)⁹⁵ y otra por 90 UTA (aprox. \$50 millones)⁹⁶. La gravedad y reiteración de los cortes ocasionó que la SISS advirtiera a Aguas del Valle sobre la eventual aplicación de la caducidad de la concesión⁹⁷, lo que finalmente no sucedió. Asimismo, motivaron la creación de una comisión especial investigadora en la Cámara de Diputados para evaluar el ejercicio del rol fiscalizador de la SISS y Econssa relacionados a las infracciones de la empresa. En esta instancia se discutió sobre la caducidad de la concesión, concluyéndose que la labor de la fiscalización fue del todo deficiente, proponiéndose impulsar una reforma legal al marco regulatorio del sector, en especial la LOC de la SISS y una reestructuración total del régimen concesional⁹⁸.

Como se puede apreciar, no obstante la gravedad de los hechos, en ningún caso se ha llegado a aplicar una sanción significativa ni la caducidad de la concesión sanitaria. Esto hace cuestionarse si existe un real criterio de proporcionalidad entre los incumplimientos y las sanciones, y si éstas desempeñan en la práctica un papel disuasivo o si fomentan por el contrario una sensación de impunidad y cultura infraccional de las empresas. Otra importante pregunta es sobre qué gravedad debería revestir la infracción para que se aplique la sanción de caducidad, y en específico, si en el caso del corte de suministro en Osorno la SISS propondrá caducar la concesión a ESSAL y el Presidente la dictaminará.

95 SISS, Resolución N°2698 de 01 de agosto de 2016.

96 SISS, Resolución N°3286 de 13 de septiembre de 2016.

97 SISS, Oficio N°2.973 de 23 de agosto de 2015.

98 El detalle de lo anterior será tratado en apartados siguientes.

La caducidad de la concesión

Como se expuso anteriormente, la caducidad de la concesión es la máxima sanción dentro del régimen sancionatorio sanitario y su declaración es de cargo del Presidente de la República en base al informe técnico elaborado por la SISS. El informe debe fundarse en alguna de las causales del artículo 26 de la LGSS, considerando la gravedad de sus consecuencias y la reiteración de su ocurrencia. La caducidad declarada, afecta a los sistemas específicos en que se dan los supuestos para aplicarla y no a todas las concesiones de que se sea titular la empresa sancionada⁹⁹.

De acuerdo a lo informado por la SISS, desde el año 2014 la aplicación de la caducidad de la concesión sanitaria ha sido discutida en el marco de 12 sumarios sanitarios. En ninguno de ellos se aplicó finalmente la caducidad. Históricamente esta sanción ha sido aplicada en tres ocasiones: la primera de ellas afectó a la Empresa de Servicios Sanitarios Aguacor S.A. en junio de 2003 y su concesión sanitaria en la comuna de Coronel por no constituir las garantías de fiel cumplimiento del programa de desarrollo¹⁰⁰. La segunda afectó a la Empresa de Agua Potable Los Molles S.A. en abril de 2012 por el mismo motivo¹⁰¹; y la tercera a la Empresa de Servicios Sanitarios de la Estación S.A. por declararse en quiebra, ante lo cual se nombró un administrador provisional. Se puede advertir entonces, que ninguno de estos casos se vincula directamente a problemas en la calidad del servicio o el incumplimiento de los programas de desarrollo.

99 Por ejemplo, ESSAL atiende 33 localidades en la Región de Los Lagos y Los Ríos (excepto Valdivia), y en caso de declaración de caducidad su concesión en Osorno (21% del total de sus clientes) las restantes permanecerán vigentes.

100 Decreto MOP N°662 de 2003. Disponible en https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=214317&buscar=662+DECRETO+MOP.../cristianflores/Downloads/DTO-662_02-SEP-2003.pdf

101 Decreto MOP N°176 de 2012. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1042280&buscar=176+DECRETO+MOP>

En diversas ocasiones tanto el Senado, la Cámara de Diputados como particulares han requerido el pronunciamiento de la SISS para que evalúe la posibilidad de caducar la concesión otorgada ante la ocurrencia de graves irregularidades. En específico, tratándose de explotadores de concesiones de titularidad de Econssa, la SISS junto con exponer que a su juicio no se dan los supuestos de gravedad para proponer la medida, ha señalado que no es dable prever que un nuevo operador o el Estado pueda razonablemente mejorar los niveles de servicio que entrega el explotador¹⁰². Esta postura reacia a la caducidad de la concesión ha sido reiteradamente expresada por representantes de la SISS, quienes han indicado que lo fundamental en el análisis, además de la causal legal, es la sobrevivencia del prestador¹⁰³.

En caso de declararse la caducidad, la SISS debe nombrar un administrador provisional y proceder a licitar la concesión y los bienes afectos a ella dentro del lapso de un año. Este espacio en que la concesión se encuentra a cargo de un administrador provisional, podría eventualmente constituir una gran incertidumbre para la correcta continuidad en la prestación de los servicios. Este argumento ha sido usado por quienes defienden la inconveniencia de caducar la concesión de ESSAL en Osorno. Recientemente el actual Ministro de Obras Públicas, junto con señalar que la SISS abrió un expediente de caducidad contra la empresa ESSAL, hizo públicamente hincapié en los riesgos y su reticencia hacia la opción de caducar la concesión¹⁰⁴.

Lo cierto es que las infracciones cometidas por ESSAL tienen la entidad necesaria para que la SISS recomiende su caducidad. Las deficiencias en la calidad del servicio sanitario afectaron a la generalidad de la población (97,7% de clientes en primer corte de agua potable y 50,6% en

102 SISS, Oficios N°3645 de 2008, N°1802 de 2009 y N°1703 de 2015 vinculados a servicios prestados por Aguas Chañar, Aguas Antofagasta y Aguas del Valle.

103 Intervención de David Peralta, Fiscal de SISS en Comisión Investigadora Especial, pág. 80.

104 La Tercera, noticia de 06 de agosto de 2019. Disponible en: <https://www.latercera.com/pulso/noticia/mop-advierte-riesgos-posible-caducidad-concesion-essal/769930/>

el segundo) durante 10 días, poniendo en riesgo su salud y repercutiendo en el normal desarrollo de la comunidad y causando la alerta de las autoridades del sector y del país. Esto se ve agravado debido a que ESSAL no ejecutó medidas preventivas, correctivas, adecuadas y efectivas para hacer frente al corte prolongado de suministro, habiendo infringido instrucciones de la SISS y entregando información errónea¹⁰⁵.

Cuesta imaginar qué otro escenario debe darse para que proceda la caducidad de una concesión sanitaria¹⁰⁶. En especial considerando la gravedad de las consecuencias de los incumplimientos, sólo siendo en parte discutible la reiteración de su ocurrencia. A esto último busca apelar ESSAL señalando que se trata de un hecho puntual y aislado en la historia de la ciudad, lo que ha sido recogido por el Ministro del MOP como argumento para calmar el clamor de caducar la concesión.

Lo preocupante es que esta opinión del Ministro puede implicar un prejuzgamiento respecto del procedimiento en curso, teniendo en cuenta que se trata del superior jerárquico de la SISS¹⁰⁷. Esto hace pensar que probablemente, al igual como ocurrió hace unos años con su matriz Aguas Andinas, difícilmente la concesión será revocada y la SISS aplicará multas desproporcionadamente bajas en relación al daño causado. Lo que finalmente sucederá, está por verse.

105 SISS, Resolución N°2865 de 02 de agosto de 2019 que inicia procedimiento de sanción contra Essal S.A. (Expediente N°4312-19).

106 En este sentido el Informe de la Comisión Investigadora Especial sobre la crisis de Osorno, al solicitar la declaración de caducidad de la concesión de ESSAL expuso que *“Llama la atención que una crisis sanitaria, como la vivida por los habitantes de la ciudad de Osorno, no tenga una reacción contundente de la máxima autoridad nacional. Los hechos ocurridos, la extensión en el tiempo de los mismos, las reacciones indignadas de las autoridades, incluidas las del Presidente y Superintendente, ante la grave crisis vivida, no son proporcionales con las sanciones establecidas”* (Cámara de Diputados, 2020, pp. 231).

107 En el mundo bursátil, empresas como LarrainVial confían en que no caducará y que *“no hay motivo para preocuparse por Essal en este momento, ya que la compañía ha cumplido con el plan de inversión y las sanciones pasadas impuestas por la SISS, dos comportamientos claves que tendría que romperse para que se revocara la concesión”*. <http://www.elmercurio.com/Inversiones/Noticias/Analisis/2019/07/22/Crisis-de-Essal-se-siente-en-la-bolsa-y-acciones-de-Aguas-Andinas-caen.aspx>

Sanciones cursadas a ESSAL en Osorno

SANCIONES ESSAL

AÑO	MULTAS A FIRME ESSAL	
	CANTIDAD	MONTO (UTA)
2014	5	246
2015	6	225
2016	8	400
2017	3	121
2018	6	539
2019	8	465
TOTAL	36	1996

(VALOR UTA: \$ 588.000)

MM\$ 1.174

SANCIONES ESSAL - OSORNO

AÑO	MULTAS A FIRME OSORNO		
	CANTIDAD	MONTO (UTA)	INFRACCIÓN
2014	1	25	PTAS
2015	2	29	CONTINUIDAD
2016	1	7	CONTINUIDAD
2017	3	99	PRESIONES
			REBASE AS
			INCUMPLIMIENTO INSTRUCCIONES
2018	2	33	CONTINUIDAD
2019	1	4	CONTINUIDAD
TOTAL	10	197	

MM\$ 116

PROMEDIO SANCIÓN POR CLIENTE (\$/cliente)		
PAÍS	ESSAL	OSORNO
2.768	5.228	2.280



INDICADOR ANTERIOR AL
EVENTO DE JULIO 2019

Fuente: Presentación MOP de 05/08/2019

Deficiencias del marco legal y actual proyecto de reforma

Al contrario de sectores como el ambiental y educacional que cuentan con una institucionalidad y régimen sancionatorio actualizado -sin con ello ser la panacea- la del sector sanitario data de hace casi tres décadas. Esto se ha visto reflejado en la exigua efectividad de su gestión fiscalizadora y en un sistema de sanciones escasamente disuasivo. Un dato que deja en evidencia las carencias de la SISS, es que sólo cuenta con alrededor de 200 funcionarios y 30 fiscalizadores sanitarios para el desarrollo de sus labores en todo el país, radicándose en la práctica el control en las propias empresas concesionarias¹⁰⁸. Parte de las deficiencias del marco legal del sector sanitario fueron expuestas en el ya mencionado *“Informe de la Comisión Especial Investigadora de la Cámara de Diputados referida al rol de la SISS y Econssa en relación a los incumplimientos de la empresa Aguas del Valle”* de 2016.

Las conclusiones centrales de este informe apuntaban a la necesidad de: **i)** modificar la ley orgánica de la SISS; **ii)** avanzar hacia mayor transparencia y participación ciudadana en procesos de sanción y fijación tarifaria; **iii)** revisar y modernizar los actuales procedimientos de fiscalización de calidad del servicio incluyendo parámetros de determinación de gravedad y reiteración en relación a las causales de caducidad; **iv)** ampliar las facultades del Presidente de la República para decretar caducidad tanto de concesión como de contratos de operación; **v)** revisar la relación de las sanitarias con sus empresas relacionadas; **vi)** establecer la obligatoriedad de las sanitarias de ejecutar las inversiones requeridas y aumentar las multas en caso de incumplimiento, entre otras materias¹⁰⁹.

108 De acuerdo a las cifras aportadas por el MOP, la SISS cuenta en promedio con 2,8 fiscalizadores por región. Presentación realizada por el Ministro de Obras Públicas ante la Comisión de OOPP de la Cámara de Diputados el 05 de agosto de 2019.

109 Recomendaciones y proposiciones contenidas en Informe de Comisión Especial Investigadora de la Cámara de Diputados de 12 de enero de 2016, págs. 123 y 124.

Como consecuencia del Informe de la Comisión, parte de sus miembros presentaron en julio de 2016 el *“Proyecto de Ley que modifica la legislación aplicable a los servicios públicos sanitarios, en materia de servicios no regulados, de fijación tarifaria y de cumplimiento de planes de desarrollo por parte de los prestadores”* (Boletín N° 10795-33). La idea matriz del proyecto es perfeccionar la legislación sanitaria en aspectos tales como servicios no regulados, participación ciudadana y transparencia en el proceso de fijación de tarifas, fortalecimiento de la presencia estatal en la Comisión de Expertos y modernización de la potestad fiscalizadora y sancionadora de la SISS.

Entre las propuestas centrales del proyecto se encuentra la tipificación de toda prestación diversa al servicio sanitario o relacionada como servicio no regulado, y que el descuento en la tarifa sea equivalente al 50% de la utilidad percibida por dichos servicios. Para mejorar la transparencia en la determinación de las tarifas, se propone definir los estudios como públicos, estableciendo la facultad de toda persona a formular observaciones que serán consideradas como parte del proceso tarifario. En cuanto a la Comisión de Expertos, propone una modificación en su composición (2 miembros elegidos por la SISS, 1 por el prestador) y que pueda modificar parámetros sin restringirse a las divergencias suscitadas entre las partes. Por último, en materia de sanciones sanitarias, se propone una tipificación específica de las infracciones clasificándolas en leves, graves y gravísimas con multas correspondientes de 1 a 1.000 UTA, 1.000 a 5.000 UTA y 5.000 a 10.000 UTA. Dentro de cada categoría de infracción se incorporan criterios para su graduación, constituyendo infracciones gravísimas el incumplimiento de los planes de desarrollo e infracciones que pongan en peligro o afecten gravemente la salud de la población o a la generalidad de los usuarios de los servicios¹¹⁰.

110 Proyecto de Ley que modifica la legislación aplicable a los servicios públicos sanitarios, en materia de servicios no regulados, de fijación tarifaria y de cumplimiento de planes de desarrollo por parte de los prestadores (Boletín N° 10795-33).

Durante su tramitación en la Cámara de Diputados, el proyecto fue ampliado, incorporándose importantes disposiciones como: **i)** baja del premio por riesgo desde el actual 3,0% a 3,5% a 1 a 1,5%; **ii)** eliminación del piso de rentabilidad anual garantizada de 7% (tasa de costo capital); **iii)** regulación expresa del valor de compensaciones tarifarias en caso de interrupción o suspensión no autorizada del servicio; y **iv)** graduación separada de las infracciones vinculadas a planes de desarrollo según porcentaje del incumplimiento¹¹¹.

Actualmente, el proyecto se encuentra en su segundo trámite constitucional en la Comisión de Obras Públicas del Senado. En esta etapa de discusión, tanto representantes del gobierno como del empresariado han sido críticos con el proyecto. En su intervención ante esta comisión, el Ministro de Obras Públicas señaló que modificar la tasa de costo de capital implicaría una mayor incertidumbre para los accionistas, disminuiría la remuneración de inversiones pasadas y eventualmente desincentivaría las futuras, siendo una señal equivocada ante la escasez hídrica¹¹². A su turno, Juan Eduardo Saldivia -quien fuera Superintendente de la SISS en período de la privatización sanitaria y actual Presidente de la Asociación de Concesionarios de Obras Públicas- indicó que el proyecto afecta la certeza jurídica y “*destruye la riqueza*” al rebajar la tasa de costo de capital que asegura la rentabilidad del 7%, buscando el proyecto la disminución de las utilidades y no las tarifas, lo que no mejoraría ni la calidad de los servicios ni la cobertura¹¹³. En su última intervención ante la Comisión, el 02 de octubre de 2019, el Ministro de Obras Públicas expuso el contenido de las indicaciones que el Ejecutivo presentaría al proyecto. El gobierno buscaría asegurar una rentabilidad mínima del 6%, establecer un Panel de Expertos para temas

111 Oficio N°13.065 de 21 de diciembre de 2016 de la Cámara de Diputados que remite el Senado el Proyecto de Ley contenido en Boletín N° 10795-33.

112 Ministerio de Obras Públicas (2019). Presentación realizada ante la Comisión de OOPP del Senado de 10 de julio de 2019.

113 Presentación ante la Comisión de OOPP del Senado de 17 de julio de 2019.

tarifarios y una nueva clasificación de las infracciones con nuevos tipos infraccionales y criterios de graduación de multas, así como establecer instancias previas en caso de eventual caducidad, entre otro temas¹¹⁴.

El proyecto constituye un importante avance hacia el mejoramiento del actual marco normativo del sector y en específico de las facultades fiscalizadoras y sancionatorias de la SISS, pero no cuestiona las ganancias ni el fondo del actual modelo privatizado de servicios públicos sanitarios urbanos, el que poco o nada tiene de público. Por esto cabe cuestionarse -dados los constantes problemas en la prestación de servicios que no se condicen con las también constantes alzas de tarifas y cuantiosas utilidades de las sanitarias- si es viable la opción de avanzar hacia una gestión democrática y pública de estos servicios básicos. Esto es de especial importancia si consideramos el derecho al agua como un derecho humano esencial que debe ser garantizado por el Estado así como el deber de las empresas de respetar los derechos humanos de las comunidades.

114 Ministerio de Obras Públicas (2019). Presentación realizada ante la Comisión de OOPP del Senado de 02 de octubre de 2019.

¿Es posible priorizar el agua para consumo humano y recuperar la gestión pública de los servicios sanitarios en Chile?

Sobre el régimen constitucional y legal de las aguas

El establecimiento de un sistema de aprovechamientos de agua privados garantizado constitucionalmente sin priorización de usos así como el sobre otorgamiento de derechos de aprovechamiento y la sobreexplotación de las fuentes de agua, ha dejado al Estado con limitadas herramientas para asegurar el derecho humano al agua y saneamiento. El aparataje constitucional que ha solventado el funcionamiento de este modelo legal de gestión suele reconducirse a los incisos tercero y final del artículo 19 n°24 de la Constitución. Este artículo protege la garantía constitucional al derecho de propiedad indicando que los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgan a sus titulares la propiedad sobre ellos. Consecuentemente, su titular no podría en caso alguno ser privado de dicha propiedad o alguno de los atributos esenciales del dominio, a menos que una ley autorice su expropiación por causa de utilidad pública o interés nacional, dando derecho a la indemnización del daño patrimonial efectivamente causado (inciso tercero). En razón de estas disposiciones se ha planteado que una reforma al marco legal del agua no podría afectar a los derechos de aprovechamiento ya constituidos, ya ello sería inconstitucional.

De este modo, parece ser que la Constitución de 1980 ha extirpado al agua en su totalidad su condición de bien nacional de uso público -que como tal debería pertenecer a toda la nación en atención al reconocimiento

de su función pública- para convertirlo en un bien privado. No obstante, la calificación legal de bien nacional de uso público del agua debería obligar al legislador a establecer un régimen jurídico que haga compatible el uso vital y el aprovechamiento económico del agua con su conservación como elemento esencial para el medio ambiente. Un cambio al actual marco regulatorio hídrico en este orden se torna más necesario que nunca a causa de la crisis hídrica que afecta al país. Resulta pacífico indicar que en caso de dictarse una nueva normativa hídrica, ésta regularía en su totalidad los derechos de aprovechamiento que se constituyan a futuro. Lo que no se suele plantear, es que las actuales disposiciones constitucionales no impiden que los derechos ya constituidos sean regulados por una nueva normativa en cuanto a su ejercicio, goce, cargas y modo de extinguir , en la medida que la nueva normativa reconozca la subsistencia de dichos derechos¹¹⁵ .

Recientemente se encontraba en trámite en el parlamento un proyecto de ley de reforma constitucional para modificar el artículo 19 n°24 con el objeto de establecer constitucionalmente las aguas como bienes nacionales de uso público y el carácter prioritario de los usos destinados a aprovechamiento y consumo humano¹¹⁶. Sin embargo, el proyecto fue rechazado en su primer trámite por el Senado al no contar con el quórum requerido, de 2/3 de los votos, lo que conlleva que el proyecto no podrá ser renovado sino dentro de un año¹¹⁷. Los senadores que se opusieron al proyecto indicaron que el consumo humano sí estaría garantizado

115 Atria, F. & Salgado, C. (2015). La propiedad, el dominio público y el régimen de aprovechamiento de las aguas en Chile. Legal Publishing, Santiago de Chile, pág. 119-131.

116 Boletín 10.497-07 que refundía una serie de proyectos de ley presentados desde el año 2008. Los objetivos del proyecto eran: **i)** Consagrar constitucionalmente el carácter de las aguas, en cualquiera de sus estados, como bienes nacionales de uso público. **ii)** Entregar a la ley la regulación del tratamiento de los recursos hídricos, estableciendo que las concesiones a particulares serán siempre temporales y circunscritas a fines específicos, pudiendo estar sujetas al pago de patentes o tasas; **iii)** Garantizar la priorización de los usos del agua y el resguardo de los usos comunitarios ancestrales y la mantención de un caudal ecológico; **iv)** Contemplar el ejercicio del recurso de protección cuando se afecte el derecho al agua en los términos mencionados.

117 Los quórum requeridos para realizar reformas a la Constitución se encuentran en su artículo 127°.

por el Estado quien podría expropiar el agua y nunca lo ha hecho¹¹⁸, que la crisis hídrica no se resolvería con un cambio legislativo y que de efectuarse este cambio, se podría afectar la inversión sanitaria¹¹⁹.

A diferencia del actual Código de Aguas que no contempla usos prioritarios para la concesión de derechos de aprovechamiento, el Código de Aguas de 1951 indicaba que el uso para bebida y servicio de agua potable y el uso doméstico y de saneamiento para poblaciones primaba sobre otros usos¹²⁰. Esto demuestra que dicha carencia responde a una mera decisión legislativa, y que como tal, en principio es susceptible de modificación mediante ley común.

Pendiente un avance en este sentido, existen no obstante disposiciones que limitan o restringen el otorgamiento de derechos de aprovechamiento en determinadas circunstancias¹²¹. Entre ellas se encuentra las disposiciones relativas al caudal ecológico mínimo¹²², que prohíben la constitución de derechos en áreas determinadas¹²³ y las relativas a la declaración de agotamiento¹²⁴, prohibición¹²⁵ y reserva de caudales¹²⁶. No obstante estos instrumentos “*son de carácter reactivo y no satisfacen los requerimientos necesarios para lograr una gestión ambiental o sustentable del agua*”¹²⁷, dado que no atacan el problema central, el cual es la entrega a manos privadas de la propiedad y gestión del agua con escaso margen de acción para la integración del interés y bien público.

118 Esto en alusión a la facultad del artículo 27° del CdA que autoriza al Presidente a expropiar derechos de aprovechamiento en caso de que un poblado no cuente con agua para el consumo humano. <https://www.senado.cl/senadores-oficialistas-aclaran-que-el-agua-hoy-si-es-un-bien-de-uso/senado/2020-01-08/185621.html>

119 Senado de la República, Edición informativa de 07 de enero de 2020. Disponible en: <https://senado.cl/senado-rechaza-consagrar-el-agua-como-bien-de-uso-publico-en-la/senado/2020-01-07/200731.html>

120 Artículo 42° del Código de Aguas Chileno de 1951.

121 Artículo 19 n°24 inciso segundo de la Constitución Política de Chile.

122 Artículo 129°bis del CdA.

123 Ley N°20.411 de 2009.

124 Artículo 282° del CdA.

125 Artículo 65° del CdA.

126 Artículo 147° bis del CdA.

127 Fundación Newenko (2019). Escasez Hídrica en Chile: Desafíos para el consumo humano y perspectivas en modelos comparados. Disponible en: <http://newenko.org/2019/04/30/estudio-sobre-escasez-hidrica-en-chile-2019/>

Sobre el derecho humano al agua y su reconocimiento internacional

Es importante destacar que dentro del ordenamiento jurídico chileno el derecho humano al agua carece de reconocimiento legal o constitucional expreso, aún cuando se puede entender incorporado a otros derechos garantizados constitucionalmente, como el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica. Esto difiere de otros países latinoamericanos como México o Ecuador que lo reconocen expresamente o de realidades como la peruana o colombiana, donde los tribunales constitucionales han reconocido el agua como un derecho fundamental¹²⁸. En el ámbito interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha brindado reconocimiento al derecho humano al agua a través de su jurisprudencia en relación a otros derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)¹²⁹.

El desarrollo del estándar del derecho humano al agua en el sistema universal de los derechos humanos puede remontarse a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 que reconoce en su artículo 25 el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado que le asegure la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. Con posterioridad el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconocieron el derecho a un nivel de vida adecuado y el derecho a disfrutar del más alto nivel de salud posible (artículo 11 y 12 respectivamente). Sin embargo, la primera mención expresa se realizó en la Observación General N°15 del año 2002 del Comité de Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC),

128 Granados, J. (2017). El reconocimiento del derecho humano al agua en los países miembros de la alianza del pacífico y la doctrina del control de convencionalidad. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/cursos_derecho_internacional_2017_materiales_lectura_Jonathan_Max_Granados_Galvez_1.pdf

129 Entre otras, en las sentencias dictadas en los casos Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua; Pueblo Saramaka Vs. Suriname; López Álvarez Vs. Honduras; Comunidad Indígena Xakmok Kasev Vs. Paraguay, todas disponibles en <http://www.corteidh.or.cr>

la que desarrolla el contenido y alcance del derecho humano al agua al definirlo como “*el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico*”¹³⁰.

Reconociendo que la disponibilidad de recursos puede constituir un obstáculo para el pleno goce del derecho humano al agua, el Comité DESC ha identificado diversas obligaciones estatales básicas, en su interpretación de la norma convencional:

“a) Garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua, que sea suficiente y apta para el uso personal y doméstico y prevenir las enfermedades; b) Asegurar el derecho de acceso al agua y las instalaciones y servicios de agua sobre una base no discriminatoria, en especial en lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados; c) Garantizar el acceso físico a las instalaciones o servicios de agua que proporcionen un suministro suficiente y regular de agua salubre; que tengan un número suficiente de salidas de agua para evitar unos tiempos de espera prohibitivos; y que se encuentren a una distancia razonable del hogar; d) Velar por que no se vea amenazada la seguridad personal cuando las personas tengan que acudir a obtener el agua; e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones y servicios de agua disponibles; f) Adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales sobre el agua para toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados y periódicamente revisados en base a un proceso participativo y transparente; deberán prever métodos, como el establecimiento de indicadores y niveles de referencia que permitan seguir de cerca los progresos realizados; el proceso mediante el cual se conciben la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberán prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados; g) Vigilar el grado de realización, o no realización, del derecho al agua; h) Adoptar programas de agua orientados a fines concretos y de relativo

130 Comité de Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2002). Observación General No. 15. El derecho al Agua. Disponible en: http://repositorioicdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/794/Inf_NU_ObservacionDerechoAgua_%202002.pdf?sequence=1

bajo costo para proteger a los grupos vulnerables y marginados; i) Adoptar medidas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al agua, en particular velando por el acceso a unos servicios de saneamiento adecuados”¹³¹.

El pleno reconocimiento del derecho al agua potable y el saneamiento como un derecho humano esencial para el cabal disfrute de la vida y de todos los derechos humanos se efectúa en la Resolución A/RES/64/292 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 28 de julio de 2010¹³². Esta resolución exhorta a los Estados y las organizaciones internacionales a proporcionar recursos financieros y propiciar el aumento de la capacidad y la transferencia de tecnología por medio de la asistencia y la cooperación internacionales, en particular a los países en desarrollo, a objeto de intensificar los esfuerzos por proporcionar a toda la población un acceso económico al agua potable y el saneamiento. El acceso al agua como derecho humano básico para una vida digna ha sido reconocido luego en otros instrumentos del sistema universal de protección de los Derechos Humanos como por ejemplo la Convención Sobre La Eliminación De Todas Las Formas De Discriminación Contra La Mujer (artículo 14º), la Convención de los Derechos del Niño (artículo 24ª) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (artículo 28º). En el mismo orden de ideas, la Agenda 2030 de las Naciones Unidas del año 2015 estableció como uno de los Objetivos del Desarrollo Sostenible el garantizar para el año 2030 la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y saneamiento para todas las personas (ODS N°6).

En un reciente análisis sobre las obligaciones estatales de efecto inmediato, que en materia de derecho humano al agua emanan del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el informe de 2017 del Relator Especial sobre el derecho humano al

¹³¹ *ibid*, párr. 37.

¹³² Asamblea General de las Naciones Unidas Resolución, A/RES/64/292 de Julio de 2010, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/479/38/PDF/N0947938.pdf?OpenElement>

agua potable y al saneamiento, Léo Heller, señaló en relación a los servicios de agua y saneamiento: *“El Estado es el principal garante de la efectividad del derecho humano al agua y el saneamiento. Si bien el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 2, prevé el logro progresivo de la plena efectividad de los derechos en él enunciados y reconoce los obstáculos que representan los limitados recursos disponibles, también impone a los Estados diversas obligaciones de efecto inmediato. En el contexto de la regulación de los servicios, las obligaciones dimanantes del artículo 2 incluyen las siguientes: a) la obligación de adoptar medidas deliberadas, concretas y selectivas a fin de establecer un marco regulatorio para la prestación de servicios de agua y saneamiento en consonancia con los derechos humanos; y b) la obligación de velar por que las normas establecidas y las actividades de las instancias que ejercen funciones de regulación contribuyan al disfrute del derecho humano al agua y el saneamiento sin discriminación de ningún tipo. Por ejemplo, el ejercicio de ese derecho humano no debe depender del lugar de residencia de una persona ni estar determinado por él (es decir, de que una persona viva o esté inscrita en una zona urbana o rural, o en un asentamiento formal o informal). El hecho de que el Estado no adopte las medidas de reglamentación necesarias para prevenir y corregir de manera adecuada las conductas discriminatorias por parte de los proveedores de servicios o las instancias reguladoras constituye una violación de las obligaciones del Estado en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”*¹³³.

También en 2017, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó, con el voto favorable de Chile¹³⁴, la Resolución 72/178, de 19 de diciembre de 2017, titulada *“los derechos humanos al agua potable y al saneamiento”*.

133 Informe del Relator Especial sobre el derecho humano al agua potable y al saneamiento, Sr. Léo Heller, A/HRC/36/45, julio 2017, pp. 6 en línea: [<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/216/98/PDF/G1721698.pdf?OpenElement>]

134 Asamblea General de Naciones Unidas, 72º periodo de sesiones, 73ª sesión plenaria, 19 de diciembre de 2017, A/72/PV.73, Proyecto de Resolución XV, pp. 19-20.

Entre otros aspectos la resolución dispone lo siguiente: “**1. Reafirma que los derechos humanos al agua potable y al saneamiento, como componentes del derecho a un nivel de vida adecuado, son esenciales para el pleno disfrute del derecho a la vida y de todos los derechos humanos; 2. Reconoce que, en virtud del derecho humano al agua potable, toda persona, sin discriminación, tiene derecho a agua suficiente, salubre, aceptable, físicamente accesible y asequible para uso personal y doméstico, y que en virtud del derecho humano al saneamiento, toda persona, sin discriminación, tiene derecho al acceso, desde el punto de vista físico y económico, en todas las esferas de la vida, a un saneamiento que sea salubre, higiénico, seguro, social y culturalmente aceptable y que proporcione intimidad y garantice la dignidad, al tiempo que reafirma que ambos derechos son componentes del derecho a un nivel de vida adecuado**”¹³⁵.

Este reconocimiento del derecho humano al agua y al saneamiento realizado en el ámbito de los sistemas universales e interamericanos de derechos humanos, impone una obligación a todos los órganos del Estado en su conjunto y separadamente de velar por su promoción y garantía. Lo anterior, en virtud de la aplicación del denominado “*Control de Convencionalidad*” que instruye a los jueces nacionales y de la CIDH a realizar un control normativo del derecho interno y su aplicación a fin de conformarla a los estándares impuestos por las obligaciones de la CADH que los mismos Estados han asumido soberanamente¹³⁶. El

135 Asamblea General de Naciones Unidas, 72º periodo de sesiones, A/RES/72/178.

136 Los principales elementos del control de convencionalidad fueron desarrollados por la CIDH en la sentencia dictada en el caso Almonacid Arellano Vs. Chile al señalar que “*La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte interamericana, intérprete última de la Convención Americana*”. Para un mayor análisis y recomendaciones sobre la responsabilidad estatal de garantizar el derecho humano al agua, específicamente en el contexto de los servicios sanitarios, ver Contreras & Schönsteiner (2017) “*Derecho al Agua, Emergencias y Responsabilidades del Estado y de las Empresas Sanitarias*”, en Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2017, pág. 99-162.

alcance del control de convencionalidad implica incluso una “*obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención*”¹³⁷ y adecuar las disposiciones de su ordenamiento jurídico interno a los estándares de derechos humanos fijados tanto por la CADH como por la jurisprudencia de la CIDH.

La obligación vinculada a la protección y respeto de los derechos humanos no sólo se extiende al Estado, sino que también alcanza a las empresas, las cuales tienen la obligación y responsabilidad de respetar los derechos humanos. Así se ha establecido en los Principios Rectores sobre empresas y Derechos Humanos aprobados por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en 2011¹³⁸. En este instrumento, junto con expresarse la obligación del Estado de brindar protección ante las violaciones de los derechos humanos en su territorio y adoptar medidas para su prevención, investigación, castigo y reparación¹³⁹, se indica que “*las empresas deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación*” (Principio Rector 11)¹⁴⁰. Ello exige evitar que sus actividades provoquen consecuencias negativas sobre los derechos humanos y tratar de prevenir o mitigarlas, aun cuando no hayan contribuido a generarlas (Principio Rector 13)¹⁴¹. Para cumplir con esta responsabilidad, las empresas deben: **i)** asumir un compromiso político de respeto a los derechos humanos; **ii)** adoptar procesos de “*debida diligencia en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas sobre como abordan su impacto sobre*

137 CIDH, Sentencia dictada en el caso Almonacid Arellano Vs. Chile. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

138 Con la finalidad de implementar los principios rectores, el Gobierno de Chile publicó en 2017 el denominado “*Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas*”.

139 Naciones Unidas (2011). Principios Rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos., pág. 3. https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf

140 Ibid, pág. 15.

141 Ibid, pág. 17

los derechos humanos”; y **iii**) adoptar procesos tendentes a reparar los impactos negativos sobre los derechos humanos que hayan “*provocado o contribuido a provocar*” (Principio Rector 15)¹⁴².

Esta responsabilidad de respetar los derechos humanos no se limita entonces a la obvia necesidad de cumplir con la regulación nacional, sino que también a la de auto regularse para cubrir brechas entre la aplicación de texto y de facto de la legislación nacional e internacional sobre derechos humanos¹⁴³. En atención a los constantes incumplimientos de las empresas concesionarias y sus impactos sobre la calidad de vida de la comunidad, resulta claro que estas empresas se encuentran lejos de dar cumplimiento a los estándares establecidos en los principios rectores. Esto compete no sólo a las empresas sanitarias constituidas en Chile que directamente explotan las concesiones, sino que se extiende a las empresas y entidades controladoras internacionales como Suez, el Fondo de Pensiones de Ontario y Marubeni, las que se encuentran en la necesidad imperiosa de adecuar sus prácticas y procesos de diligencia debida ante la constante afectación que sus actividades han tenido sobre el derecho humano al agua, a la vida y salud de los usuarios de sus servicios. Lo anterior rige especialmente en el caso de Suez, la que por tratarse de una empresa cuya casa matriz está domiciliada en Francia se encuentra sujeta a la Ley Francesa N° 2017-399 de 27 de marzo de 2017 que establece el deber de vigilancia de las sociedades matrices y contratistas. Esta regulación establece el deber de las empresas y sus

142 Ibid, pág. 18. El alcance de la debida diligencia se desarrolla en el Principio Rector 17, debiendo incluir la evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas.

143 Buhmann, K., Festerling, B. & Voiculescu, A. (2018). Business & Human Rights Research Methods. *Nordic Journal of Human Rights*, 36 (4), 323-332.

filiales de adoptar medidas tendentes a identificar y evitar abusos sobre los derechos humanos¹⁴⁴.

Sobre la gestión pública de los servicios públicos de agua y saneamiento

En materia de servicios sanitarios, el reconocimiento internacional del derecho humano al agua ha sido enarbolado como bandera de lucha para resistir y revertir procesos de privatización. El argumento central es que la participación de empresas privadas introduce invariablemente perniciosas lógicas de mercado que son incompatibles con la garantía de derecho básico como el derecho humano al agua. Sin embargo, como apunta Karen Bakker¹⁴⁵, la declaración del derecho humano al agua no resulta per se incompatible con la gestión privada del mismo, pudiendo incluso ser instrumentalizado por corporaciones para promover procesos de privatización. Ante ello, plantea que la estrategia “*anti-privatizadora*” no debe centrarse en la dicotomía público/privada, sino que en acciones de “*alter-globalización*” centradas en la de-comodificación del agua y modelos de gestión comunitarias del agua como un bien común¹⁴⁶.

Más allá del debate teórico, lo cierto es que entre el año 2000 y 2019 se han documentado 311 casos de desprivatización de servicios de agua potable y alcantarillado en 37 países, afectando a más de 100 millones de

144 <https://www.business-humanrights.org/en/france-natl-assembly-adopts-law-imposing-due-diligence-on-multinationals-to-prevent-serious-human-rights-abuses-in-their-supply-chains>. Como se ha expuesto, Suez es la controladora del 50,1% de Aguas Andinas a través sucesivamente de Aguas Metropolitanas S.A. y Suez Inversiones Aguas del Gran Santiago Ltda. (La información accionaria actualizada a diciembre de 2019 está disponible en www.svs.cl). Un dato llamativo es que el 32,1% de Suez pertenece a la empresa Engie, la que a su vez pertenece en un 23,65% (34,23% de los votos) al Estado Francés. Estos datos se encuentran actualizados a octubre y diciembre de 2019 correspondientemente en: <https://www.suez.com/fr/finance/actionnaires-individuels/structure-du-capital> y <https://www.engie.com/actionnaires/action-engie/structure-de-lactionnariat>

145 Bakker, K. (2007). The “*Commons*” Versus the “*Commodity*”: Alter-globalization, Anti-privatization and the Human Right to Water in the Global South. *Antipode* 39(3): 430-455.

146 Bakker, K. (2007). La definición del agua como un bien común en contraposición a su concepción como mercancía ha sido erigida como pilar básico de la gestión sostenible del agua (Esch, S., Delgado, M., Helfrich, S., Salazar, H., Torregrosa, M.L. & Zúñiga, I. 2006. *La Gota de la Vida: Hacia una gestión sustentable y democrática del agua*. Fundación Heinrich Boell, México.)

personas. Del total, 303 casos correspondieron a re-municipalización (es decir, procesos de recuperación de servicios anteriormente privatizados), mientras que los restantes a municipalización (procesos de creación de nuevos servicios públicos). Estos procesos -que se extienden también a otros ámbitos como la energía, telecomunicaciones, vivienda, transporte y educación- se alimentan de la aspiración de las comunidades y gobiernos locales de recuperar el control democrático sobre los servicios públicos y recursos locales, a fin de proteger su futuro común¹⁴⁷. Los casos abarcan ciudades como Acra, Atlanta, Berlín, Buenos Aires, Grenoble, La Paz, Lagos, París y Maputo, entre otras. Las causas que han motivado estos procesos son diversas, pero frecuentemente involucran procesos de privatización fallidos dejando en evidencia los vicios inherentes a entregar la gestión de servicios asociados a derechos humanos básicos al interés privado¹⁴⁸. Entre dichas causas se encuentran casos de corrupción, baja inversión en infraestructura, mala calidad del agua, aumento de tarifas, riesgos ambientales y falta de transparencia financiera¹⁴⁹.

Los procesos de recuperación pública de los servicios sanitarios no están exentos de múltiples trabas de orden institucional, legal y político, tal como ha sido documentado en el caso de la ciudad de Barcelona¹⁵⁰. Entre los beneficios asociados a la remunicipalización se han destacado entre otros: **i)** el ahorro inmediato directo de costos para los municipios; **ii)** tarifas más competitivas; **iii)** mayores inversiones; **iv)** mejoramiento de acceso para hogares de bajos ingresos; y **v)** mayor responsabilidad y transparencia. Por su parte entre los riesgos se enfatizan: **i)** eventual judicialización por término anticipado de contratos y concesiones; **ii)**

147 Kishimoto, S., Steinfert, L. & Petitjean, O. (2019). The Future is Public: Towards Democratic Ownership of Public Services. Report presented as a draft at the Future is Public conference (December 2019).

148 McDonald, D.A. (2018). Remunicipalisation: The future of water services? *Geoforum* 91: 47-56.

149 Kishimoto, S. (2016). Remunicipalization: A practical guide for communities and policy makers. Disponible en: <http://www.blueplanetproject.net/waterjustice/wp-content/uploads/TK-PublicWater-Dec8-Remun.pdf> y McDonald, D.A. & Swyngedouw, E. (2019). The new water wars: Struggles for remunicipalisation. *Water Alternatives* 12(2): 322-333.

150 March, H.; Grau-Satorras, M.; Saurí, D. & Swyngedouw, E. (2019). The deadlock of metropolitan remunicipalisation for water services management in Barcelona. *Water Alternatives* 12(2): 360-379.

disputas entre inversores y el Estado ante instancias multinacionales; **iii)** entrega de activos e infraestructura degradada; y, **iv)** acceso deficiente a información sobre operacional¹⁵¹. A pesar de estas dificultades, se proyecta que los procesos de “*re-municipalización*” seguirán creciendo a mediano plazo dada la insatisfacción generalizada con la privatización¹⁵².

En Chile, más allá de las eventuales reformas que se puedan o deban realizar a la legislación actual a fin de remover las barreras del modelo de Estado Subsidiario y recuperar la gestión pública de servicios básicos, el ordenamiento jurídico vigente ofrece opciones para que la prestación de los servicios sanitarios urbanos sea realizada por entidades públicas, tanto estatales como municipales y para que acciones cooperativas a menor escala puedan ser puestas en práctica. Para desarrollar el análisis de una posible prestación sanitarias estatal o municipal, se debe tener en cuenta que de acuerdo al artículo 8º de la LGSS, la prestación de los servicios sanitarios debe ser realizada por empresas concesionarias constituidas como sociedades anónimas. La excepción a esta norma son las Municipalidades y Cooperativas que prestaban los servicios antes de la entrada en vigencia de la ley, o que cuenten con menos de 500 arranques¹⁵³.

151 Kishimoto, S., Steinfert, L. & Petitjean, O. (2019), McDonald, D.A. & Swyngedouw, E. (2019), Kahimoto S. (2016). Los problemas ligados a privatización y concesiones de agua han sido desarrollados también por David Hall (2001).

152 McDonald, D.A. & Swyngedouw, E. (2019). Estos autores indican que el término re-municipalización se emplea genéricamente para hablar de diversas fórmulas de “*vuelta a lo público*” y no sólo hacen referencia a la escala municipal, ya que en ocasiones los servicios de agua se hacen públicos a nivel nacional o regional (por ejemplo, en Uruguay). En otros casos, se están haciendo públicos por primera vez, en cuyo caso el término apropiado sería “*municipalización*” (por ejemplo, en Barcelona, donde el suministro de agua nunca fue municipal, o en Missoula, en Estados Unidos, que hizo públicos sus servicios de agua por primera vez en 2017).

153 Por “*arranque*” se entiende una conexión a la red sanitaria.

Prestación por parte del Estado

Según el artículo 19 n°21 de la Constitución, para que el Estado y sus organismos puedan desarrollar actividades económicas o participar en ellas, debe ser autorizado por una ley de quórum calificado, lo que implica la mayoría absoluta de los parlamentarios en ejercicio. Actualmente, ya existe una empresa estatal cuyo objeto es “*producir y distribuir agua potable, recolectar, tratar y disponer aguas servidas y realizar las demás prestaciones relacionadas con dicha actividad*”, como es Econssa S.A.¹⁵⁴. Econssa es titular de concesiones sanitarias en varias regiones del país, habiendo celebrado contratos de transferencia del derecho de explotación en la mayoría de ellas y prestando sólo parcialmente servicios en Antofagasta¹⁵⁵.

Una vez que: **i)** expiren los contratos de transferencia de explotación celebrados (vigencia de 30 años); **ii)** se verifique alguna de las causales de término anticipado de los mismos¹⁵⁶; o bien, **iii)** Econssa decida unilateralmente poner término a alguno de los contratos de transferencia -con la consiguiente eventual indemnización-, la empresa estatal podría hipotéticamente asumir directamente la prestación de los servicios sanitarios en su calidad de titular de la concesión. Del mismo modo, Econssa podría eventualmente presentar solicitudes para nuevas concesiones, adjudicarse licitaciones de otras concesiones que sean caducadas (de declararse caducada la concesión de ESSAL en Osorno por ejemplo) o adquirir el derecho de explotar en todo o en parte concesiones

154 Modificación y actualización de estatutos de Econssa S.A. de 24 de abril de 2014. Disponible en: <https://www.econssachile.cl/transparencia/marco-normativo>

155 Las concesiones de titularidad de Econssa son actualmente explotadas por nueve empresas que cubren un 24% del sector sanitario urbano.

156 Las causales de término anticipado que estos contratos consignan son: **i)** que el operador se declare en quiebra; **ii)** que el operador se disuelva por cualquier causa; **iii)** si por causas imputables al operador se produjere la caducidad de la concesión; y **iv)** si ocurriese una eventual transferencia de las concesiones o del control accionario de CORFO en Econssa, pudiendo en este caso el Estado eventualmente resolver que no tendrá más concesiones sanitarias y se las entregue a la empresa. Informe Comisión Especial Investigadora sobre Rol de SISS y Econssa, pág. 81.

cuya titularidad pertenezca a otra empresa mediante la celebración de contratos de transferencia.

Sin embargo, para que esto sea posible se requiere una decidida voluntad política y la consiguiente asignación presupuestaria y de personal capacitado para el cumplimiento de las funciones propias de una empresa sanitaria. Actualmente, la voluntad política de los gobiernos apunta en el sentido contrario. Así lo demuestra el historial de contratos de transferencia celebrados a partir del año 2000, reduciéndose el rol de Econssa, en la práctica al de un velador por el cumplimiento de los términos de los contratos de transferencia. El apoyo de los recientes gobiernos al modelo sanitario privatizado ha llegado al extremo de permitir que obras como la desaladora que apoyará la gestión de Aguas Chañar en Copiapó, sea enteramente financiada con inversión pública a través de un aumento de capital de Econssa¹⁵⁷ a sabiendas que el beneficio será directamente para la empresa prestadora.

Prestación por parte de las municipalidades

Según el artículo 11º de la Ley Nº 18.695 Orgánica de Municipalidades de 1988 *“las municipalidades podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado las autoriza”*, lo cual se encuentra en línea con lo dispuesto en el artículo 19 nº21 de la Constitución. Con anterioridad a esta ley, las municipalidades no tenían dicha prohibición, pudiendo libremente establecer empresas públicas municipales. Ejemplo de esto son empresas como el *“Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Maipú”* SMAPA, creada en 1950 y la *“Empresa Metropolitana de Tratamiento de Residuos Sólidos Limitada”* EMERES, creada en 1986.

157 Exposición de la ex Superintendente de la SISS Magaly Espinoza. Informe Comisión Especial Investigadora sobre Rol de SISS y Econssa, pág. 99.

Esta normativa ha sido recientemente criticada por la OCDE, quien en el año 2017 la sindicó como una traba para avanzar en la descentralización y empoderar a las municipalidades como verdaderos gobiernos locales, demostrando lo común y beneficiosa de esta opción en otros países como por ejemplo Colombia, Francia y Japón¹⁵⁸. El Informe de la OCDE, recomendó explícitamente flexibilizar el marco legal y las limitaciones impuestas en el artículo 11º de la Ley de Municipalidades y permitir la creación de empresas públicas municipales o mixtas, a fin de ofrecer nuevas fuentes de ingresos y fomentar el desarrollo de los activos municipales¹⁵⁹.

En el marco de la normativa actual, las municipalidades podrían llevar a cabo la prestación de los servicios sanitarios sólo previa autorización legal, en el entendido de que constituyan actividades económicas o empresariales. En el caso de SMAPA -que presta servicios de agua potable y alcantarillado a las comunas de Maipú, Cerrillos y parte de Estación Central y tiene las tarifas de agua potable más bajas del sector¹⁶⁰-, ello es posible ya que se trata de una empresa prevalente a la dictación de la prohibición del artículo 11º de la Ley de Municipalidades y de la LGSS, beneficiándose de la excepción contemplada en su artículo 6º. En el evento de crearse la correspondiente empresa municipal, ésta podría presentar solicitudes para nuevas concesiones, adjudicarse licitaciones de otras concesiones que sean caducadas o adquirir el derecho de explotar en todo o en parte concesiones cuya titularidad pertenezca a otra empresa mediante la celebración de contratos de transferencia. Todas estas posibilidades deberán contar siempre con un acabado análisis de los decretos de concesión asociados al territorio operacional en cuestión, ya que presentan características específicas que difieren caso a caso. A esto debe sumarse que las concesiones se proyectan y

158 OECD. (2017). *"Making Decentralisation Work in Chile. Towards Stronger Municipalities"*. Disponible en: https://read.oecd-ilibrary.org/governance/making-decentralisation-work-in-chile_9789264279049-en#page1

159 OECD, Op. Cit. pág. 188.

160 SISS (2019).

funcionan a escalas que no necesariamente son concordantes con los territorios comunales, pudiendo abarcar su territorio operacional o redes una o más comunas.

Junto con la viabilidad de crear una empresa pública municipal de servicios sanitarios, surgen otros dos escenarios que son necesario explorar: **i)** la posibilidad de que se entienda de que su desarrollo se realiza en pos de la salud pública; y **ii)** la posibilidad de que los servicios sean prestados mediante asociaciones municipales. El primer caso se ha discutido con ocasión de las denominadas “*farmacias populares*” y funciones legales de las municipalidades, mientras que el segundo con ocasión de asociaciones municipales que operan bajo figuras empresariales percibiendo ingresos por ventas de bienes y servicios.

En el caso de las farmacias populares, la Contraloría General de la República (CGR) dictaminó que las municipalidades están autorizadas a expender medicamentos a la ciudadanía a través de farmacias bajo su administración¹⁶¹. Esto, en el marco de lo prescrito por el artículo 4º letra b) de la Ley de Municipalidades que indica que éstas podrán en el ámbito de su territorio, desarrollar, directamente o con otros órganos de la Administración del Estado, funciones relacionadas con la salud pública y la protección del medio ambiente. Por ello, dichas actividades se enmarcarían dentro del ámbito de acciones en el que pueden intervenir los municipios, descartándose una infracción a los artículos 19 N°21 de la Constitución y 11º de la Ley de Municipalidades.

Se podría pensar entonces que la prestación de los servicios sanitarios de agua potable y alcantarillado podrían enmarcarse también dentro de las funciones que la ley le encomienda desarrollar a las Municipalidades dentro de su territorio -relacionadas por ejemplo con la salud pública, la

161 CGR, Dictamen N° 19.294, de 2013 y N° 13.636 de 19 de febrero de 2016, entre otros.

urbanización, la construcción de infraestructura sanitaria o el desarrollo de actividades de interés común en el ámbito local¹⁶²-, no requiriendo para ello de un ley de quórum calificado que lo autorice. Empero, como la misma Contraloría ha especificado, el caso de las farmacias populares encuentra su fundamento en normativas específicas que regulan la atención primaria de salud como el artículo 38 de la Ley N°3.063 de Rentas Municipales, DFL N°1 de 2005 del Ministerio de Salud, Ley N°19.387 sobre Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal y DS N°466 de 1984 MINSAL¹⁶³.

Bajo la actual regulación restrictiva, las Municipalidades han visto limitado su actuar sin atender a su estatus de corporaciones autónomas de derecho privado y a su finalidad de satisfacer las necesidades de la comunidad y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de las respectivas comunas¹⁶⁴. La Contraloría, siguiendo la interpretación restrictiva, ha indicado que las atribuciones genéricas no permiten sostener que un organismo estatal esté autorizado por el ordenamiento jurídico para vender determinados productos, lo que sería extensivo a la prestación de servicios como los sanitarios¹⁶⁵. En el mismo sentido apunta el dictamen de la Contraloría que negó a la Municipalidad de Tocopilla implementar un supermercado popular en base a la restricción del artículo 11° de la Ley de Municipalidades¹⁶⁶.

Por último, otro argumento que dificulta la interpretación extensiva se encuentra en el artículo 10° de la Ley de Rentas Municipales, el cual señala que *“Las municipalidades que tengan a su cargo la explotación del servicio de agua potable, se ajustarán en todo a las disposiciones que, sobre el particular, rijan para la explotación de dicho servicio”*, debiendo las empresas

162 Las facultades de las Municipalidades están descritas en los artículos 3° y siguientes de la Ley de Municipalidades, sus atribuciones en los artículos 5° y siguientes.

163 CGR, Dictamen N° 13.636 de 19 de febrero de 2016.

164 Artículo 1° inciso segundo de la Ley de Municipalidades.

165 CGR, Dictamen N° 45.454, de 2010.

166 CGR, Dictamen N°24.159 de 31 de marzo de 2016. Contra este dictamen el Alcalde de Tocopilla interpuso un recurso de protección revocando la Corte Suprema el dictamen (Sentencia causa rol N° 40.537-2016 de 27 de diciembre de 2016), pero no se tiene información sobre que la decisión de la Contraloría haya sido modificada.

municipales de agua potable sujetarse “*al régimen legal general aplicable a las empresas privadas del ramo*”. Habida cuenta que la LGSS prescribe que las empresas prestadoras deben ser titulares de una concesión sanitaria y para ello estar constituidas como sociedades anónimas, la necesidad de la previa autorización vía ley de quórum calificado aparece como insalvable para el caso específico de la prestación de los servicios sanitarios bajo la legislación sectorial actual.

Más allá de si los casos son o no equiparables y de las diferencias entre el tipo de servicio, infraestructura y componente técnico involucrado, la puesta en práctica de las farmacias populares demuestra con hechos concretos que el paso hacia una gestión y prestación pública de servicios de utilidad pública puede implicar precios más justos para los usuarios. Ello permite dejar en evidencia las lógicas que suelen mediar dentro de las estructuras empresariales que operan en áreas monopólicas o que se coluden para establecer precios favorables sin consideración alguna de las necesidades de la población (caso farmacias, pollos, confort, etc.)¹⁶⁷.

Otra circunstancia que permite pensar que las Municipalidades podrían prestar servicios sanitarios sin la necesidad de la previa dictación de una ley de quórum calificado que los autorizara, está vinculada con la posibilidad de hacerlo mediante asociaciones municipales¹⁶⁸. Esta figura está regulada en los artículos 137^o y siguientes de la Ley de Municipalidades y permite que dos o más municipalidades se asocien para facilitar la solución de problemas comunes o lograr el mejor aprovechamiento de los recursos disponibles, pudiendo gozar de personalidad jurídica de derecho privado. Dentro de sus objetos puede estar, entre otros, la atención de servicios comunes y ejecución de obras de desarrollo local¹⁶⁹, encontrándose limitadas en

167 CIPER CHILE, columna de 06 de marzo de 2019. Disponible en: <https://ciperchile.cl/2019/03/06/chile-lindo-pais-coludido-con-vista-al-mar/> El Mercurio, noticia de 23 de diciembre de 2019. Disponible en: <https://www.emol.com/noticias/Economia/2016/12/23/836884/Los-casos-de-colusion-que-han-remecido-el-mercado-chileno.html>

168 Este tipo de asociación público-pública ha sido desarrollada en Europa por ejemplo por la France Eau Publique, German DWA y Aqua Publica Europea.

169 Artículo 137^o Ley de Municipalidades.

varios aspectos, ya que no pueden contratar empréstitos ni ser afianzadas o garantizadas por las municipalidades. Actualmente se registran 64 de este tipo de asociaciones en el catastro de la SUBDERE¹⁷⁰, algunas de las cuales son consideradas por el Servicio de Impuestos Internos como empresas, y por tanto habilitadas para realizar actividades comerciales. Entre ellas se encuentra la Asociación de Municipalidades Parque Cordillera, que administra una red de parques cordilleranos percibiendo ingresos por la entrada a los mismos.

El artículo 145º de la Ley de Municipalidades indica que las asociaciones municipales cuentan con patrimonio propio, el que puede estar formado por el producto de bienes y servicios, lo que da luz a que mediante ellas se realicen eventualmente actividades comerciales. Al igual que con respecto a la interpretación extensiva de las funciones municipales, esta opción se encuentra confinada por la regulación sanitaria que limita la prestación de los servicios sanitarios a concesionarias constituidas como sociedades anónimas de objeto único. En particular, la obtención de la personalidad jurídica de las asociaciones se encuentra regulada en la Ley de Municipalidades sin proscribir la posibilidad de constituirse también como sociedad anónima, ni que -a diferencia de las corporaciones y fundaciones- pueda tener eventualmente fines de lucro. Por ello es que ésta resulta una opción a explorar para viabilizar jurídicamente la prestación de servicios sanitarios municipales, lo cual debe ser objeto de pronunciamiento por parte de la Contraloría.

Dentro de otras acciones posibles que pueden implicar soluciones sanitarias públicas o comunitarias en el ámbito urbano, cabe indicar que las Municipalidades o cooperativas -como por ejemplo Asociaciones de Agua Potable Rural- pudiesen brindar servicios y soluciones de saneamiento en las zonas peri-urbanas o que no cuentan con concesiones sanitarias vigentes.

170 SUBDERE. Registro Único de Asociaciones Municipales con Personalidad Jurídica de Derecho Privado. Disponible en: <http://asociativismo.subdere.gov.cl/registro-unico-asociaciones-municipales/all>

Esto es posible en caso de que cuenten con menos de 500 arranques y puedan de algún modo contar con fuentes de agua suficiente. Asimismo, y a fin de empoderar a los gobiernos locales, CORFO les podría ceder o vender sus acciones de las sociedades sanitarias. De este modo, los intereses de las comunidades podrían potencialmente verse mas considerados en la toma de decisiones relativas a la prestación del servicio sanitario.

Más allá de la factibilidad legal de la opción, la recuperación de los servicios a manos públicas es una camino largo y difícil, pero no imposible. La gestión pública y municipal ofrece una serie de ventajas en temas de transparencia, inversión y rebaja de tarifas, en la medida de que las utilidades sean reinvertidas en el mejoramiento y nueva infraestructuras, incrementando así la calidad de servicio. Esto se da en razón de que, a diferencia de las sociedades anónimas que por esencia buscan la obtención y repartición de utilidades entre sus socios, el Estado y las Municipalidades tienen por fin último la promoción del bien común y la satisfacción de las necesidades de la comunidad. Una recuperación pública de los servicios exitosa requerirá de un estricto control de los procesos de fijación y recaudación de tarifas, inversión y gasto, enfocados en el mejoramiento del servicio y no en la obtención de ganancia propia de gestión privada, cuidando de evitar la intervención política cortoplacista y explorando el aseguramiento futuro de nuevas fuentes de aguas ante el escenario de escasez hídrica¹⁷¹.

El inicio de procesos de desprivatización no estará exento de riesgos y requerirá de importantes inversiones para poder negociar la transferencia de titularidad o derechos de explotación de concesiones o eventuales litigios ante instancias internacionales, tal como lo ha demostrado la experiencia internacional¹⁷². Este tipo de riesgos se deben tener por sentado en un país

171 A este respecto cabe mencionar el informe contable N°560/2018 de 15 de marzo de 2019 emitido por la Contraloría General de la República respecto de la empresa sanitaria municipal SMAPA, el cual denunció una serie de incumplimiento que motivaron la remisión de los antecedentes al Ministerio Público ante las eventuales responsabilidades penales a ellos asociadas.

172 Kishimoto, S (2016, 2015), Hall (2001), March, H.; Grau-Satorras, M.; Sauri, D. & Swyngedouw, E. (2019) y Hall, Lobina & Terhorst (2013) *"Re-municipalisation in the early twenty-first century: Water in France and energy in Germany"*. International Review of Applied Economics 27(2).

como Chile, donde la injerencia de intereses corporativos y su influencia en los procesos políticos y legislativos ha quedado de manifiesto en los procesos sancionatorios seguidos contra empresas como Aguas Andinas, Aguas del Valle, Aguas Chañar y actualmente ESSAL, algunas de las cuales cuentan con un historial vinculado a financiamiento irregular de campañas políticas, y en sus directorios con influyentes personeros relacionados al mundo político empresarial¹⁷³.

Todo lo expuesto toma más sentido dentro del actual momento en que se encuentra el país, donde se discute la posibilidad de abrir un proceso constituyente tendente a adoptar una nueva constitución. Esto nos entrega la oportunidad y el desafío de avanzar en el establecimiento de un nuevo estatuto constitucional que reconozca el agua como un bien común, haciéndolo compatible con su condición de bien nacional de uso público. Lo anterior, implica sentar las bases de un marco hídrico acorde con las realidades socio ambientales de un país en pleno proceso de desertificación que clama por un nuevo pacto social basado en la justicia, solidaridad y la promoción de los derechos humanos y una calidad de vida digna para todos. Estas ideas se deberían reflejar en una gestión social, ambientalmente justa y sustentable del agua, donde el consumo humano, la preservación de los equilibrios ecológicos y eco sistémicos se prioricen y busquen compatibilizar con los intereses y usos económico y productivos.

Ello involucraría por ejemplo el reconocimiento y garantía constitucional expresa del derecho humano al agua y saneamiento así como el fortalecimiento de los fines sociales y ambientales del agua frente al hoy prevalente derecho de dominio de los titulares sobre los derechos de

173 CIPER CHILE, noticia de 31 de enero de 2019. Disponible en: <https://ciperchile.cl/2019/01/31/grupo-angelini-endesa-y-aguas-andinas-asi-se-sello-la-impunidad-para-tres-poderosas-fuentes-de-dinero-politico-ilegal/> CIPER CHILE, noticia de 04 de enero de 2016. Disponible en: <https://ciperchile.cl/2016/01/04/platas-politicas-la-generosa-billetera-de-aguas-andinas/>. El Desconcierto, noticia de 21 de abril de 2017. Disponible en: <https://www.eldesconcierto.cl/2017/04/21/aguas-andinas-la-generosa-y-no-investigada-billetera-politica-de-la-empresa-que-dejo-sin-agua-a-miles/>. El Mostrador, noticia de 19 de abril de 2016. Dipsonible en: <https://m.elmostrador.cl/noticias/pais/2016/04/19/el-peso-politico-de-aguas-andinas-las-huellas-de-la-sanitaria-en-el-financiamiento-irregular-de-campanas/>

aprovechamiento. Asimismo, se debería instar por avanzar en flexibilizar las trabas del artículo 19 n°21 que restringen la acción del Estado y entidades públicas como las Municipalidades en la economía. Esto abriría las puertas a un gestión pública y más democrática del agua y los servicios sanitarios urbanos y rurales donde las instancias públicas deberían centrar la gestión en el respeto y garantía del derecho humano al agua en los términos descritos en las secciones precedentes. No obstante, estas reformas no implicarían de por sí un cambio significativo en algunos aspectos de la gestión del agua de no mediar una decidida voluntad política impulsada por el respaldo ciudadano. La existencia de una empresa pública no es garantía de una mejor, y más transparente y pública gestión como lo demuestran el caso de Econssa -la que ha delegado sus atribuciones en manos privadas- y los problemas que ha experimentado la sanitaria municipal SMAPA.

Tal como ha evidenciado el fallido proyecto de reforma constitucional, el quórum de los 2/3 (de no variar) puede constituir un importante obstáculo para avanzar en el plan propuesto, dependiendo ello del alcance de la llamada “*hoja en blanco*” y de la composición de la instancia constituyente que finalmente se instituya¹⁷⁴. Así también, se deberán desarrollar las herramientas políticas y una sólida base argumental para hacer frente a la férrea defensa que los grupos económicos realizarán del actual estatuto de derechos de aprovechamiento y concesiones sanitarias, rasgando vestiduras en pos del discurso de la certeza jurídica y del fantasma de instancias internacionales como el CIADI¹⁷⁵ y de la expropiación, como ya lo ha hecho en el contexto de la vigente discusión de reforma al actual Código de Aguas¹⁷⁶.

174 CIPER CHILE, columna de 09 de enero de 2020. Disponible en: <https://ciperchile.cl/2020/01/09/nueva-constitucion-una-hoja-en-blanco-con-tinta-invisible/>

175 CIPER CHILE, columna de 16 de enero de 2016. Disponible en: <https://ciperchile.cl/2020/01/16/expropiese/>

176 Derecho al Agua, noticia de 02 de agosto de 2019. Disponible en: <http://www.derechoalagua.cl/2019/08/02/inserto-de-prensa-de-la-sna-en-medios-nacionales-sobre-reforma-al-codigo-de-aguas-2/>

Conclusiones

En Chile, los servicios públicos de agua potable y saneamiento urbanos han operado bajo un sistema concesional monopólico, radicándose su gestión en manos privadas. Aún cuando existe una empresa pública que podría prestar estos servicios, en los casos que detenta la titularidad de la concesión se ha preferido transferir su explotación a empresas concesionarias privadas. El Estado, mediante la Superintendencia de Servicios Sanitarios ha mantenido el rol fiscalizador y sancionador de las actividades sanitarias, pero cuenta con escaso personal y recursos y un sistema administrativo sancionatorio débil que en la práctica no cumple un rol disuasivo, lo que ha fomentado una cultura de incumplimiento. Esto ha quedado reflejado en la historia reciente del sector, donde frente a la ocurrencia de infracciones que han afectado a un alto número de personas en diversas ciudades del país, las empresas han terminado pagando sanciones irrisorias. La estructura del actual sistema de gestión garantiza una brecha de utilidades a las empresas, permitido la obtención de jugosas ganancias a lo largo del tiempo y llamar la atención de la inversión extranjera al “*negocio*” sanitario, la que se encuentra resguardada por las normas que protegen este tipo de inversión. A todo lo anterior se suma la casi total falta de transparencia en los procesos de gestión, fijación tarifaria y monitoreo de cumplimiento de los planes de inversión en infraestructura sanitaria comprometidos.

La afectación en el suministro de los servicios básicos de agua potable y saneamiento de la población derivada de las infracciones de las concesionarias privadas, implica una vulneración manifiesta al derecho humano al agua. Esto acarrea una responsabilidad no sólo para las concesionarias, sino que también para el Estado como principal garante de la efectividad del derecho humano al agua y al saneamiento. A la luz de la realidad descrita, el Estado estaría incumpliendo con diversas

obligaciones de efecto inmediato como, por ejemplo, la de adoptar medidas concretas a fin de establecer un marco regulatorio para la prestación de servicios de agua y saneamiento en consonancia con los derechos humanos.

La falta de una regulación que proteja y priorice el uso del agua para consumo y funciones básicas, los constantes casos de incumplimiento de las empresas sanitarias y la incertidumbre y presión sobre la disponibilidad de agua asociada al cambio climático y sus múltiples usos, demanda una discusión y eventual re-enfoque del actual modelo de gestión. La próxima instancia constitucional abre la puerta a este debate, mediante la posibilidad de avanzar en un reconocimiento expreso del derecho humano al agua como derecho constitucionalmente garantizado y el otorgamiento al Estado de un rol activo en cuanto a su protección y garantía. La necesaria re-orientación de los servicios sanitarios, tanto urbanos como rurales implica generar instancias que prioricen la transparencia, participación y el bien común de la población por sobre la utilidad y propiedad privada.

Entre las opciones que permitirían cumplir este objetivo, se puede pensar en una reforma al sistema sancionatorio y de la SISS (sin modificación de las lógicas, patrones y estructura actuales del sistema) o bien en el fortalecimiento de alternativas públicas de gestión emplazadas en la escala municipal, provincial, regional y/o estatal. Todas estas alternativas cuentan con argumentos a favor y en contra, pero la experiencia expuesta indica que sea cual sea la solución que finalmente se prefiera, ésta debe centrarse en la concepción del agua como un bien común y derecho humano básico. Este cuestionamiento toma mayor sentido en el marco de la pandemia actual, donde se ha evidenciado que en momentos de crisis los sistemas privatizados sanitarios y de salud suelen ser incapaces de entregar una respuesta satisfactoria a los requerimientos de acción en ayuda de la población. Ante ello, los Estados han debido intervenir directamente en el control de la gestión de la crisis (con

dispareos resultados según el tipo y oportunidad de medidas adoptadas). Es en estos contextos donde la comodificación de los servicios básicos asociados a derechos humanos como la vida y la salud se presenta como una opción discutible sino falaz y los cálculos basados en el beneficio económico privado e individual, como conductas propias del estado de naturaleza hobbesiano.

Lista de acrónimos

- **CADH** Convención Americana sobre Derechos Humanos
- **CIADI** Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
- **CIDH** Corte Interamericana de Derechos Humanos
- **CdA** Código de Aguas
- **CGR** Contraloría General de la República
- **CORFO** Corporación de Fomento de la Producción
- **DFL** Decreto con Fuerza de Ley
- **DGA** Dirección General de Agua
- **DOS** Dirección de Obras Sanitarias
- **ECONSSA** Empresa Concesionaria de Servicios Sanitarios S.A.
- **EMOS** Empresa Metropolitana de Obras Sanitarias
- **ESSEL** Empresa de Servicios Sanitarios del Libertador S.A.
- **ESSBIO** Empresa Servicios Sanitarios del Biobío S.A.
- **ESSAL** Empresa de Servicios Sanitarios de Los Lagos
- **ESVAL** Empresa de Obras Sanitarias de Valparaíso
- **FMI** Fondo Monetario Internacional
- **IANSA** Industria Azucarera Nacional S.A.
- **LGSS** Ley General de Servicios Sanitarios
- **LOC** Ley Orgánica Constitucional
- **MINSAL** Ministerio de Salud
- **MOP** Ministerio de Obras Públicas
- **OCDE** Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
- **ODS** Objetivos del Desarrollo Sostenible
- **OOPP** Obras Públicas
- **PVC** Procedimiento Voluntario Colectivo
- **SMAPA** Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado
- **SERVIU** Servicios de Vivienda y Urbanismo
- **SERNAC** Servicio Nacional del Consumidor
- **SISS** Superintendencia de Servicios Sanitarios
- **SENDOS** Servicio Nacional de Obras Sanitarias
- **SUBDERE** Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo
- **UTA** Unidad Tributaria Anual

SERVICIOS SANITARIOS URBANOS EN CHILE

Revisión crítica de su gestión privatizada a partir de la
crisis sanitaria de Osorno